

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**  
**FACULTAD DE DERECHO**



**TESIS DOCTORAL**

**Las diligencias finales y la iniciativa probatoria de oficio en  
el proceso civil**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR  
PRESENTADA POR

**Teresa Almudena Angulo Alijarde**

DIRECTOR:

**Sara, dir Aragoneses Martínez**

**Madrid, 2015**

2461593853



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE



5328593853

TE 2091

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Instituto de Derecho Comparado



## **LAS DILIGENCIAS FINALES Y LA INICIATIVA PROBATORIA DE OFICIO EN EL PROCESO CIVIL**

Memoria presentada para la obtención del grado  
de Doctor por la Lda. TERESA ALMUDENA  
ANGULO ALIJARDE, realizada bajo la dirección  
de la Prof<sup>a</sup>. Dra. Dña. Sara Aragonese Martínez,  
Titular de Derecho Procesal.

MADRID, 2009

*A todas aquellas personas que me han escuchado  
hablar de ellas alguna vez, y en especial, a las que  
lo han hecho en más de una.*

# **INDICE**

<i>Nota preliminar</i> .....	5
------------------------------	---

## **INTRODUCCIÓN**

1. Concepto y funciones de la figura del juzgador.....	11
2. Evolución histórica de la figura del juez.....	18
3. La figura del juez en derecho comparado.....	28
4. La dirección material y la dirección formal del proceso.....	36

## **CAPÍTULO I : LOS PRINCIPIOS DISPOSITIVO Y DE APORTACIÓN DE PARTE EN EL PROCESO CIVIL**

1.1. Concepto.....	40
1.2. Evolución histórica.....	41
1.3. Estudio del brocardo ‘iudex iudicare secundum allegata et probata non secundum conscientiam’ .....	51
1.4 Los principios en la nueva LEC.....	55
1.5. Los principios en el Derecho Francés.....	65
1.6. Ventajas e inconvenientes de la iniciativa probatoria de oficio.....	74

## **CAPÍTULO II: EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA INICIATIVA PROBATORIA DE OFICIO EN EL DERECHO ESPAÑOL, EN ESPECIAL, DE LAS DILIGENCIAS PARA MEJOR PROVEER**

2.1. Antecedentes históricos desde las Partidas hasta la legislación de 1881.....	90
2.2. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.....	99
2.2.1. Objeto de las diligencias para mejor proveer .....	119
2.2.2. Ámbito de aplicación y momento procesal para su acuerdo.....	132
2.2.3. El problema del plazo para su acuerdo.....	140



2.2.4. Forma que adopta el acuerdo de una diligencia para mejor proveer.....	143
2.2.5. Efecto del acuerdo de una diligencia para mejor proveer.....	148
2.2.6. Valoración crítica y propuestas de reforma.....	149
2.3. Las diligencias para mejor proveer en otros cuerpos legales.....	151
2.3.1. La jurisdicción contencioso-administrativa.....	151
2.3.2. La jurisdicción laboral.....	157
2.4. Primeras manifestaciones de cara a un cambio en la legislación.....	167
2.5. La Reforma del año 1984.....	169
2.6. Desde la Reforma de 1984 hasta la LEC 2000, etapas de su redacción.....	175

### **CAPÍTULO III: LA INICIATIVA PROBATORIA DE OFICIO EN LA LEC 2000**

3.1. Planteamiento general en la LEC 2000.....	182
3.2. La iniciativa probatoria de oficio ex art. 429.1.II.....	190
3.2.1. Fundamento del precepto.....	190
3.2.2. Momento procesal .....	198
3.2.3. Naturaleza jurídica.....	205
3.2.4. La inobservancia de la advertencia como posible actuación de oficio.....	216
3.2.5. Dos casos de interés en la aplicación del art. 429.1.II.....	223
3.3. La iniciativa probatoria de oficio en los procesos especiales no dispositivos.....	228
3.4. La prueba en derecho extranjero y la intervención del juez en la práctica de la prueba.....	240
3.5. Las diligencias finales e iniciativa del juez.....	244

### **CAPÍTULO IV: LAS DILIGENCIAS FINALES**

4.1. Argumentación de la LEC para la introducción de las diligencias finales.....	248
4.2. Requisitos para su acuerdo.....	262
4.2.1. Requisitos subjetivos.....	264
4.2.2. Requisitos objetivos.....	269
4.3. Las diligencias finales de oficio.....	278

4.4. Las ‘notes en délibéré’ del derecho francés.....	296
4.5. Forma, lugar y plazo para su acuerdo.....	299
4.6. Procedimiento para llevar a cabo una diligencia final.....	318
4.7. Efectos del acuerdo de una diligencia final.....	322
4.8. Las diligencias finales en la segunda instancia.....	323
4.9. Las diligencias para mejor proveer y las diligencias finales. Comparativa entre ambas instituciones.....	330
4. 10. Problemas que plantean las diligencias finales.....	340
4.10.1. El problema en el juicio verbal.....	340
4.10.2. El art. 309 LEC. Interrogatorio de persona jurídica .....	353
4.10.3. El interrogatorio en casos especiales.....	360
<b>-CONCLUSIONES.....</b>	<b>363</b>
<b>-ÍNDICE JURISPRUDENCIAL.....</b>	<b>383</b>
<b>-BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>405</b>

## *NOTA PRELIMINAR*

Este estudio encuentra su punto de partida con la publicación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero del año 2000, ya que en ésta se establece un importante cambio en materia de iniciativa probatoria de oficio. Por un lado, la nueva legislación ha derogado las antiguas ‘diligencias para mejor proveer’, suprimiendo de esta forma una institución histórica que gozaba de gran aceptación; y por otro lado, se ha introducido una figura nueva denominada ‘diligencias finales’ con la que se restringe la actuación de oficio en la prueba, y siendo su análisis lo que ha motivado la elaboración de este trabajo. El examen de estas diligencias nos ha permitido a su vez, abordar un debate doctrinal histórico como es el que trata de fijar la posición idónea del juzgador dentro de un proceso civil, en relación con la formación del material probatorio. Esto supone intentar establecer qué facultades debe tener, cuales son los límites que tienen que fijarse para las mismas, e incluso si existen deberes impuestos al órgano a tenor de una intervención en este sentido.

Esta nueva Ley nos brinda la oportunidad de llevar a cabo un recorrido a través de las distintas legislaciones procesales, desde las Partidas de Alfonso X el Sabio hasta la actualidad, para poder comprobar de esta forma cual ha sido la postura del legislador en relación con la iniciativa probatoria de oficio a lo largo de los siglos. Por tanto nos remontaremos al año 1265, año de publicación de las Partidas, para observar de qué manera fueron configurándose unas diligencias de oficio como instrumento de ayuda al juzgador, y que finalmente se consagraron con la denominación de ‘para mejor proveer’. Terminaremos con la Ley actual del año 2000, que lo que ha

hecho es suprimirlas e introducir las ‘diligencias finales’ con un contenido completamente diferente.

Para entender la supresión de las antiguas diligencias y el establecimiento de las actuales, debemos tomar en consideración las distintas tendencias que sobre la postura del juez respecto a la iniciativa probatoria de oficio han ido surgiendo, ya que es lo que nos aportará la clave. Pero con anterioridad a esto parece interesante examinar la figura del juez, observando las funciones y el papel que su oficio ha venido desarrollando durante la historia. Comprobaremos que comparte rasgos comunes en todas las civilizaciones y épocas, lo que nos va a servir para fijar su cometido y lo que representa dentro de un proceso. Cuestión diferente es como veremos, el cómo cada ordenamiento y jurisdicción específica ha querido configurar los poderes del juez, siendo los establecidos para el ámbito civil a los que prestaremos atención. Igualmente trataremos los principios que inspiran y fundamentan el proceso civil, pues son los que condicionan la orientación de los distintos textos legales, y especialmente las facultades del juez en este sentido. Veremos por consiguiente, el origen del principio dispositivo y del principio de aportación, que son los que históricamente vienen a establecer las bases de dicho proceso. Es en este momento cuando haremos un inciso a fin de resaltar una obra recientemente publicada y de imprescindible comentario, en la que viene a demostrarse cómo erróneamente el principio de aportación ha llegado a nuestros días. Y esto es así por la incorrecta trasmisión del brocardo “*iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*”, que fue modificado por la introducción del término “*partium*” y la supresión de la frase final del mismo. Esto como veremos, ha provocado que teorías que defienden una postura en contra de la iniciativa probatoria de oficio con base en el predominio del principio de aportación por este brocardo, no puedan actualmente seguir manteniéndose salvo que se

demuestre lo contrario, lo cual entendemos de absoluta trascendencia. Igualmente veremos cómo son acogidos dichos principios por la doctrina y de qué manera vienen a configurarse, ya que de esto nos parece que también depende la postura que se mantiene respecto a la iniciativa probatoria de oficio. De la misma manera, el legislador da forma a dichos principios estableciendo mediante estos la base de su orientación para redactar la Ley, y por consiguiente su postura respecto a la prueba de oficio.

Vamos a ir observando los distintos textos históricos procesales de nuestro Derecho hasta la Ley actual, que contrastaremos con los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, tales como Italia, Portugal, Alemania, y en especial con el proceso establecido en Francia a través de su Nouveau Code de Procédure Civile, de 5 de septiembre de 1975. Junto con la exposición de los artículos de nuestra Ley haremos mención al Código Francés para comprobar así, cómo afronta éste las facultades del juez en materia probatoria, atendiendo así a las diferencias y similitudes entre ambas legislaciones. Vamos a recoger los preparativos que tuvieron lugar de cara a la redacción de nuestra nueva Ley, prestando atención también a su Exposición de Motivos pues en ella es donde el legislador trata de plasmar la razón de los cambios efectuados.

Posteriormente nos centraremos ya en el articulado del nuevo texto legal, para comprobar cual ha sido la postura elegida por el legislador en cuanto a iniciativa probatoria de oficio se refiere. Constataremos que dicha iniciativa parece entenderse establecida en tres supuestos, los cuales se regulan en primer lugar, en el artículo 429.1.II donde se recoge la posibilidad de intervención del juzgador ante la insuficiencia probatoria del material aportado por las partes. En segundo lugar, en el artículo 435 que es el que establece los requisitos de las diligencias finales, objeto principal del presente

estudio. Y en último lugar, en el bloque formado por el Libro IV de la Ley que se encarga de regular los denominados *Procesos especiales*, tales como la filiación, matrimonio, capacidad y menores, donde el juez goza de una mayor iniciativa probatoria por razón del objeto procesal sobre el que versan. A nuestro juicio, dicha iniciativa ha quedado suprimida y así lo argumentaremos, ya que se ha dado absoluto protagonismo a las partes en la aportación del material probatorio. El juez ha perdido capacidad real de actuación en este campo, ya que como comprobaremos, se limitará finalmente a la posibilidad de acordar una mera repetición de una prueba solicitada por las partes.

Nuestro análisis va a centrarse en los dos primeros supuestos, y en especial en el art. 435 sobre las diligencias finales, que se hace imprescindible comparar con las antiguas diligencias para mejor proveer, por lo que representa el cambio. Para llevarlo a cabo hemos querido desentrañar el origen de las antiguas diligencias, sus fundamentos, sus presupuestos, y estudiar la evolución que han ido teniendo en los distintos Ordenamientos Jurídicos, hasta llegar finalmente a su derogación. Y después, examinar todos los presupuestos de las diligencias finales, para más tarde establecer semejanzas y diferencias entre ambas diligencias y las distintas épocas, así como lo que representa dicha modificación de la Ley. No por tener un recorrido temporal más corto, estas diligencias finales deben entenderse menos sustanciosas de estudio, ya que lo cierto es que plantean numerosas cuestiones teóricas y prácticas que en la doctrina y en la jurisprudencia, ya han provocado no pocas discrepancias. Analizaremos los requisitos para su solicitud por las partes, el supuesto excepcional de intervención de oficio en el acuerdo de pruebas, los límites distintamente entendidos en cuanto a esta actuación, la discusión sobre si deben admitirse en el juicio verbal, los problemas que se plantean con los arts. 309 y 315 que aparecen limitados con

estas diligencias, y su posible inclusión dentro de la segunda instancia que plantearía como veremos, una necesaria reforma parcial de las mismas. Luego, las diligencias finales nos ofrecen una multitud de asuntos a desarrollar que consideramos son de gran significación jurídica, queriendo destacar que el establecimiento de estas diligencias nos ha parecido un acierto del legislador, por diversas razones que desarrollaremos.

A lo largo de los capítulos de este estudio vamos a tratar de descubrir el alcance de los artículos mencionados, atendiendo siempre al ánimo con el que el legislador entendemos quiso plasmarlos, y ateniéndonos a la literalidad de la Ley, que nos ofrecerá cual fue la voluntad del mismo. Junto a esto aportaremos también la visión de las distintas posturas doctrinales existentes y analizaremos la jurisprudencia que hace referencia tanto al uso de las antiguas diligencias para mejor proveer, como a la advertencia de insuficiencia probatoria, así como a las diligencias finales, sobre las que ya han comenzado a posicionarse. Como resultado de la labor investigadora entendemos que lo fundamental es que en la medida de lo posible, la Ley trate de regular todas las situaciones que pueden surgir con la aplicación de los artículos en la práctica, y que en salvaguarda de las garantías de las que los justiciables deben disponer en el desarrollo de un proceso, y de la igualdad con la que la Justicia debe actuar frente a los mismos, eliminar cualquier duda interpretativa. El distinto uso que los órganos judiciales podrían hacer del texto legal, al entender de forma distinta los presupuestos en él contenidos, desemboca inevitablemente en una inseguridad jurídica que de ninguna manera puede permitirse.

Para finalizar el estudio, hemos trazado las líneas generales de una propuesta propia de diligencias, con el fin de tratar de ofrecer respuesta a los problemas que hemos ido examinando. Estas diligencias tratarían de englobar

las dos situaciones que, tomando la nueva Ley como punto de referencia, se han tenido lugar en nuestra legislación. Es decir, por un lado, la postura que se mantenía en la etapa anterior al año 2000 con las diligencias establecidas en la Ley de 1881, y por otro lado, la fase actual en la que se recoge el cambio de orientación en la iniciativa probatoria de oficio, a partir de la publicación de la Ley en el año 2000. De esta forma configuraríamos unas diligencias nuevas a partir de los aspectos positivos, tanto de las diligencias para mejor proveer como de las diligencias finales, pues consideramos que las premisas recogidas en ambas, son de gran utilidad práctica para la obtención de un resultado satisfactorio del proceso civil.



## INTRODUCCIÓN

### 1. Concepto y funciones de la figura del juzgador

Históricamente el juez ha sido una figura relevante y necesaria de toda sociedad. Relevante porque el papel de juez ha sido y es, el desempeño de un oficio que nunca ha faltado socialmente porque nunca ha dejado de haber contiendas entre las personas de una comunidad. Es por esa razón por la que es necesaria la labor de juzgar, para tratar de arreglar problemas e imponer la solución más justa, es decir, la más acertada y conforme a las reglas de convivencia. De ahí que siempre a lo largo de la historia, al juez se le ha unido a un perfil de persona con especial sabiduría, tomando por lo general en las distintas sociedades la forma de ‘anciano sabio, oráculo, príncipe, consejo de ilustres decanos...’, porque en sí mismo representa “la cordura, la templanza, la objetividad, la memoria colectiva, la conciencia popular”<sup>1</sup>. Lo que está claro es que es una figura importante, y su actividad realmente fundamental en el desarrollo de la actividad humana. Ahora bien, para llevar a cabo su labor y poner fin a los litigios el juez puede adoptar diversas posiciones, es decir, dejar actuar a las partes alegando los hechos, proponiendo las pruebas, y esperando tras su práctica dictaminar su resolución, o bien interviniendo también él en la actividad probatoria gozando de cierta iniciativa. El juez realiza en cada caso una compleja actividad, pero, ¿cuáles deben ser sus límites de actuación? El juez debe buscar la solución más ajustada a derecho, debe comprender cada conducta que será única e individual estando sujeto a las normas elaboradas por el legislador, pero éste ofrece soluciones genéricas, pues no se pueden prever todos los casos en una

---

<sup>1</sup> HERRENDORF, D. E. *El poder de los jueces*, Ed. Abeledo-Perrot. 2ª Edición. Buenos Aires, 1994, pág. 54.

ley, pero los casos son concretos, y por tanto será el juez la persona a la que se le presenten los supuestos reales de la práctica diaria. Como expone HERRENDORF “mientras la humanidad no prefiera seguir deshumanizándose como lo ha hecho hasta hoy tan eficazmente, con el auxilio del Derecho por cierto, habrá que aprender a comprender el universo de cada cual, pues la justicia no es para todo sino para cada uno”<sup>2</sup>.

Tenemos por un lado, una postura que defiende la figura de un juez sometido por entero a la ley, y que niega cualquier actividad que emane de él. Esta corriente tuvo su apogeo en el S. XVIII con Montesquieu como máximo representante al afirmar que el juez no es sino la boca de la ley, y nada tiene que añadir a las normas preexistentes; *jurisdictio in sola notione consistit*, es decir, nada puede dejarse al arbitrio del juez. Por otro lado, podemos encontrar una postura que defiende la existencia de un juez sometido a la ley, pero con ciertas facultades de actuación propias. Partirá del conjunto general de normas, escogiendo la más adecuada al caso y emitiendo una resolución que, de entre todas las posibles, sea la más conveniente. Pero, ¿y si se topase con un supuesto para el que no encuentra, sino un vacío normativo? En este caso deberá determinar el derecho en atención a los principios generales, o intentando llegar a la decisión que el legislador hubiera tomado; “a falta de ley el juez ha de decidir como si el legislador estuviera presente”<sup>3</sup>. Los cuerpos legales contienen hipótesis normativas enunciadas por el legislador, pero éstas son estáticas mientras que la sociedad es cambiante día a día, por lo que el juez será el testigo de estas transformaciones y su misión tiene que ser adaptar las normas a la realidad práctica.

---

<sup>2</sup> HERRENDORF, D. E., ob. cit., pág. 52.

<sup>3</sup> FERNÁNDEZ, ALBERTO V., Tesis Doctoral: *Función creadora del juez*, Citando el texto ‘*Moral a Nicómaco*’ de ARISTÓTELES, Ed. Abeledo-Perrot, 1970, pág. 10.

Como señala MARTÍNEZ PINEDA, “nada más fuerte que la fortaleza de la autonomía del hombre con toga y birrete para juzgar”<sup>4</sup>. Y así es, porque lo cierto es que la sociedad deposita su confianza en el juez, como mediador de conflictos, combinando experiencia y razón. Siguiendo a HERRENDORF y a PRIETO CASTRO podríamos resumir las facultades y el perfil del juez de la manera siguiente<sup>5</sup>:

- 1) El juez debe estar capacitado para ser juez, que tenga mentalidad de tal y haya encaminado su vida hacia tal labor; que no sea débil y tenga buena conciencia.
- 2) El juez trata conductas humanas y él es quien debe comprenderlas y valorarlas; aquí surge una importante diferencia clara con el legislador y es que éste trata conductas en abstracto, genéricamente aprehensibles pero sin encontrarse cara a cara con el caso específico, mientras que aquel es el que sí se topa con la situación concreta a la que debe dar una respuesta. Su decisión debe ser acorde pues con las maneras de la sociedad, con su moral y sus costumbres, sin violentar el programa adaptado para la existencia. El juez se encontrará con unos hechos que debe calificar ateniéndose a la norma que estime oportuna para cada conflicto en cuestión.
- 3) Los jueces desarrollan un modo de pensar específico distinto al del resto de las ciencias. Debe desarrollar una intuición intelectual que le permita encontrar una solución a un problema; pero no cualquier solución, sino la más acertada. En un conflicto pueden coexistir varias y será él quien decidirá cual es la más acorde, la que se ajusta mejor al caso, y así lo expresará en su sentencia. De no encontrar solución en la

---

<sup>4</sup> MARTÍNEZ PINEDA, A. *Filosofía jurídica de la prueba*, Editorial Porrúa, S.A, México, 1995, pág. 110.

<sup>5</sup> PIETRO CASTRO L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Ed. Aranzadi, Navarra 1985, págs. 210, 765 y 889. HERRENDORF, D., ob, cit., pág. 33.

Ley deberá por él mismo, siguiendo el camino marcado por el Derecho elaborar un resultado donde deberá pensar de la manera en la que ha sido instruido, es decir, deberá pensar como juez.

En las sociedades primitivas esta era la manera de actuación pues no se disponía de un cuerpo legal escrito, lo que demuestra que la labor del juez en última instancia es la más importante de la Administración de Justicia. El legislador le proveerá de las facultades y medios idóneos para encontrar la verdad, conforme a la cual dictará su resolución, eso sí tratando de evitar la precipitación como ya advertían y recomendaban las Partidas de Alfonso X que veremos en páginas posteriores. El juez actuará sin caer en la arbitrariedad y discrecionalidad teniendo en cuenta la doctrina del Tribunal Constitucional, la interpretación plasmada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y siempre acorde con el art. 120 de la Constitución Española que recoge que sus conclusiones siempre estarán motivadas y explicadas en cada caso, “para que conste de modo razonable y claro cuál ha sido el fundamento en Derecho de la decisión adoptada”<sup>6</sup>. De esta forma no vulnera la Constitución Española, ni en su art. 120 al redactar una sentencia que no esté suficientemente motivada en la aplicación del sistema jurídico, ni en su art. 24, dejando de otorgar una tutela efectiva de los derechos de los particulares. La sentencia debe tener una estructura lógica, específica e inalterable, con un contenido que se ajuste a su aplicación práctica. La congruencia de la sentencia será el límite fundamental del juzgador conforme al art. 218 LEC, donde se recoge que la misma deberá ajustarse a lo que hayan pedido las partes; “las sentencias deben ser claras, precisas y

---

<sup>6</sup> STC 12 de junio de 1987,[ La Ley 828-TC/1987], “ante todo, es preciso señalar que el deber de motivar las resoluciones judiciales no exige del Juez o Tribunal una exhaustiva descripción del proceso intelectual que le ha llevado a resolver en un determinado sentido, ni le impone una determinada extensión, intensidad o alcance en el razonamiento empleado, sino que para su cumplimiento es suficiente que conste de modo razonablemente claro cuál ha sido el fundamento en Derecho de la decisión adoptada criterio de razonabilidad que ha de medirse caso por caso, en atención a la finalidad que con la motivación ha de lograrse, y que queda confiado al órgano jurisdiccional competente”.

congruentes con las demandas y demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito”. El éxito en la administración de justicia dependerá de la postura del juez en el proceso, de los poderes que tenga y de los límites que se le impongan.

El fin de todo proceso será el conocimiento de la “verdad”, término que centró antiguas discusiones sobre cómo debía ser entendido, y así surgió la distinción entre dos tipos de verdades: la verdad material y la verdad formal<sup>7</sup>. En el proceso penal la búsqueda de la verdad era la función primordial, y fue a esta verdad a la que se llamó “material” correspondiéndose con la realidad de los hechos controvertidos. Mientras, la otra verdad, la denominada verdad “formal”, correspondía al proceso civil en el cual bastaba una verdad jurídica basada en leyes jurídicas, sujeta únicamente en los hechos aportados por las partes y obtenida de las pruebas aportadas igualmente por ellas; sería por tanto en el proceso civil una función lejana la de llegar a la verdad, pues quedaría fuera del alcance de la prueba procesal entendida como investigación. A TARUFFO la distinción le parece igualmente “inaceptable por muchas razones”<sup>8</sup>, señalando que no puede sostenerse que la verdad judicial sea distinta de la verdad entendida como tal, solo porque provenga del proceso y de pruebas judiciales. Esta distinción hoy en día está superada ya que fue perdiendo fuerza con el paso de los años, y actualmente es una sola verdad la que se persigue. TARUFFO realizó una clasificación de los argumentos con los que las tesis contrarias a la posibilidad de encontrar la verdad en el proceso civil, basaban su postura, de la que parece interesante destacar algunas de ellas. Una de las razones para sostener la imposibilidad de determinación cierta de los hechos era que la finalidad del proceso no es

---

<sup>7</sup> Para MONTERO AROCA, “la distinción anterior era y es absurda, pero fue sostenida por la doctrina (sobre todo la alemana) durante décadas, y sobre todo permitió a los procesalistas penales diferenciar la prueba penal de la civil”. MONTERO AROCA, J., *El nuevo proceso civil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 303.

<sup>8</sup> TARUFFO, M., *La prueba de los hechos*, Ed. Trotta, Madrid, 2002, pág. 36.

buscar la verdad, sino que el proceso es un mero instrumento para solucionar conflictos y eso no es compatible con el encuentro de la verdad, puesto que se trata de finalidades distintas. El proceso por tanto, “no tiene finalidades cognoscitivas o científicas; no se lleva a cabo porque alguien quiera conocer los hechos, sino porque es necesario eliminar un conflicto de intereses”<sup>9</sup>. Entendemos que la resolución del conflicto pasa por el conocimiento de los hechos, no puede solucionar el juez sin antes conocer el qué, luego ambas finalidades son y deben ser compatibles. Otra de las argumentaciones es que en el proceso “el valor fundamental es el de la libertad, el de la autonomía de la voluntad y la iniciativa individual de las partes”<sup>10</sup>, que hace que precisamente sea el principio dispositivo en el que se tiene que asentar. De esta forma, las partes solo están interesadas en la resolución del conflicto y no en que el juez llegue a la verdad, sino en que adopte la mejor solución posible. A nuestro juicio esta opinión tampoco encuentra fundamento puesto que las partes, efectivamente a través del principio dispositivo acuden a resolver su conflicto al órgano juzgador, pero es precisamente esa decisión la que condiciona la intervención de ese tercero, al que ellas no pueden establecer el modo de conducta. Le limitan a los hechos y a las pretensiones que introducen en el proceso, pero no a que el juez no deba llegar al fondo del asunto que le plantean. Por eso la voluntad de acudir al juzgador es determinante, porque es entendemos lo que desencadena y faculta que el juez, una vez planteada la controversia intente llegar a la verdad<sup>11</sup>. Por último destacar otra de las opiniones que encuentra, como señala TARUFFO, que “la

---

<sup>9</sup> TARUFFO, M., ob. cit., pág. 38. De forma que un proceso tendrá esa finalidad cuando “la persiga eficazmente, si es posible, de forma simple y en poco tiempo”. A esto añaden que la búsqueda de la verdad “puede tener costes relevantes en términos de tiempo, gastos y actividades de las partes y el juez”, que serán incompatibles con la idea de un proceso eficiente.

<sup>10</sup> TARUFFO, M., ob. cit., pág.40. Entienden que el juez debe solo basarse en lo que le cuentan las partes, sin llegar a lo que denominan “tercera hipótesis”, entendida como a la que llega el juez tras la averiguación de la verdad, entendemos, puesto que puede ser más cercana a la realidad que las formuladas por las partes.

<sup>11</sup> Las partes son conscientes de lo que acudir a un órgano juzgador supone desde el mismo momento en el que deciden hacerlo, y esto es que, el juez dará la razón a una de ellas, tratando de que sea a la que él estima que la tiene, y no porque la parte se lo diga, puesto que ambas intentarán que su versión sea la que más le convenza, sino con base en unas pruebas que serán las que determinen esa resolución final.

verdad de los hechos no puede ser obtenida en el proceso esencialmente *por razones prácticas*, (...) el juez no dispone de los instrumentos cognoscitivos ni del tiempo y la libertad de investigación como disponen el científico o el historiador...”, o como resume el autor “sería bonito pero no es posible”<sup>12</sup>.

Al juez se le proporcionarán todos los medios necesarios para conocer la verdad de los hechos, y la ley regulará aquellos a través de los cuales el juzgador llegará a la verificación de los mismos, que será la función de las normas probatorias: tratar de convertir los hechos aportados, en hechos ciertos. Se trata de lograr seguridad en dicha verificación por lo que nada impide llegar a la verdad de la situación planteada, que por otra parte, ¿no es lo que se pretende obtener? Una solución justa será aquella que más se aproxime a una solución ajustada a la realidad de la contienda planteada. Como señaló CALAMANDREI “la finalidad del proceso es algo más, es la justicia, de la cual la determinación de la verdad es solamente una premisa”<sup>13</sup>. Para MARTÍN OSTOS “habrá verdad cuando no se corra el riesgo de incurrir en contradicciones, es decir, cuando haya ausencia total de contradicción”<sup>14</sup>. Para MARTÍNEZ PINEDA “la verdad, por exigencias de la razón, rechaza el argumento de la liviandad y exige el argumento sólido y robusto”<sup>15</sup>. Para GUASP, secundado por un amplio sector doctrinal, la verdad es un concepto único y absoluto, por lo que es errónea esa dualidad y solamente hay una verdad “la que se corresponde con la realidad”<sup>16</sup>.

Para otros autores el juez no tiene por misión investigar la verdad íntima y esencial de las relaciones jurídicas, sino la certeza de la existencia de

---

<sup>12</sup> TARUFFO, M., ob. cit., pág. 46. Aquí hace referencia a un análisis que desarrolla posteriormente trazando analogías y divergencias entre la figura del juez, y las figuras de un historiador y de un científico.

<sup>13</sup> CALAMANDREI, P., *Estudios sobre el proceso civil*, Editoriales Jurídicas Europa-América, Buenos aires, 1962, pág. 215.

<sup>14</sup> MARTÍN OSTOS, J., *Las diligencias para mejor proveer*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1981, pág. 29.

<sup>15</sup> MARTÍNEZ PINEDA, A., Ob. Cit. Pág. 111.

<sup>16</sup> GUASP, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Editor M. Aguilar, Madrid, 1943, pág. 530.

ellas de acuerdo a los preceptos y disposiciones de la Ley. Y a la hora de dictar sentencia se ajustará al brocardo *quod non est in actis non est in mundo*, es decir, solo podrá valerse de lo que se refleje en los autos, de lo que esté documentado, porque todo lo demás no existe.

## **2. Evolución histórica de la figura del juez**

### **A) El juez ‘boca de la ley’**

Esta es la concepción clásica del juez y del proceso, para la que el juez, solo debe pronunciar las palabras de la ley escrita, tal y como apunta el término ‘boca de la ley’, acuñado por MONTESQUIEU<sup>17</sup>. En su obra *Del espíritu de las leyes*, realiza un análisis sobre la teoría de la ley, y la teoría de la separación de poderes que él divide en: ejecutivo, legislativo y judicial<sup>18</sup>. Aunque como apunta PEDRAZ PENALVA esta división “no supone más que un punto de partida esbozado anteriormente por autores como Locke, Sydney, Swift, pero desarrollada y estudiada por Montesquieu”<sup>19</sup>. Para MONTESQUIEU la ley es lo primero puesto que está creada por el legislador, argumentando que el juez debía ser simple boca que repita las palabras de la ley articulada por el legislador, quien no quiere que su redacción sea motivo de interpretación e intromisión por parte de los jueces, pues la convertiría en menos perfecta y además a la vez dejaría un campo demasiado vasto para éstos, quienes no son más que seres inanimados. Pone de manifiesto sin

---

<sup>17</sup> SECONDAT, CHARLES-LOUIS DE., Barón de Montesquieu, (Burdeos, 1689-París, 1755). Pensador y ensayista político francés, autor de la obra *Del espíritu de las leyes*.

<sup>18</sup> “Hay en cada Estado tres clases de poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo de los asuntos que dependen del derecho de gentes, y el poder judicial de los que dependen el derecho civil. Por el poder legislativo, el príncipe o el magistrado, promulga leyes para cierto tiempo o para siempre, y enmienda o deroga las existentes. Por el segundo poder, dispone de la guerra y de la paz, envía o recibe embajadores, establece la seguridad, previene las invasiones. El último de los poderes, castiga los delitos o juzga las diferencias entre particulares”. *Del Espíritu de las leyes*, Ed. Tecnos, Madrid, 1980, pág. 238.

<sup>19</sup> PEDRAZ PENALVA, E., *Constitución, jurisdicción y proceso*, Ed. Akal, Madrid, 1990, pág. 25. Señala el autor que la diferencia entre ambos radica en que “al poder judicial Locke no le presta atención específica. En realidad para Locke no puede estimarse que tenga consideración de poder separado y autónomo; antes bien, lo incluye en el ejecutivo por pensar que se corresponde con la administración total del Derecho”.



tapujos la rigidez de su concepción en cuanto a las labores de quien administra Justicia, que para él será en realidad el legislador. Por eso para él como señala PEDRAZ PENALVA es fundamental “la separación del legislativo y el judicial, ya que si el juez fuese también legislador podrá cambiar las leyes caprichosamente en el momento de aplicarlas” y “la ley es el único instrumento a través del que el poder del Estado puede valerse para invadir o coartar la libertad del individuo (...) que es la posibilidad de actuar siempre y cuando esa acción no esté prohibida por la ley”<sup>20</sup>. El juez únicamente pone en funcionamiento un simple logismo, siendo “puro intermediario entre hechos y derecho”<sup>21</sup>. El silogismo jurídico consiste en deducir la conclusión del caso a partir de la premisa mayor, que será la norma jurídica, y la premisa menor, que será el supuesto fáctico constituido por el hecho. Expone MONTESQUIEU que “los jueces de la nación no son más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes”<sup>22</sup>. Kelsen prolongará esta concepción clásica para hacer del Derecho una verdadera ciencia, tratando de eliminar influencias sociológicas o psicológicas, y presentará la ley como una pirámide de normas, a partir de la cual el juez no hará más que aplicarlas según el método silogista, del que se valdrá para comprobarlas y verificarlas en armonía con las superiores. Para Kelsen “la teoría de la estructura escalonada del Ordenamiento Jurídico estudia el derecho en movimiento, en el proceso perpetuamente renovado de su autocreación”<sup>23</sup>. Como explica HERRENDORF, “la pirámide de Kelsen es aceptada como uno de los más grandes

---

<sup>20</sup> PEDRAZ PENALVA, E., ob. cit., págs. 18 y 26. Para el autor la concepción de Montesquieu ha supuesto una influencia más que notoria ya que establece la configuración del proceso civil partiendo de la acción del sujeto que pide la intervención del juez, respondiendo éste a “intereses particulares, dada la vigencia de los principios dispositivo y de aportación de parte”, pág. 41.

<sup>21</sup> CROZÉ, H., y MOREL, C., *Procédure civile*, Ed. Presses Universitaires de France, París, 1988, pág. 19. Como señalan los autores el juez estará limitado por los elementos de hecho, pero tendrá una total libertad sobre los elementos jurídicos del proceso.

<sup>22</sup> MONTESQUIEU, CH.S., ob. cit., pág. 197.

<sup>23</sup> Kelsen, H., *Teoría pura del Derecho: introducción a la ciencia del Derecho*, Ed. Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1975, pág. 71.

descubrimientos jurídicos del S.XX. En ella encontramos que su base está formada por las sentencias, que serán las que sustenten a toda la pirámide. Cuando un juez resuelve un caso no son las convicciones de ese juez las que condenan o absuelven, sino que lo hacen las sentencias. Y éstas no son un capricho verbal del juez sino que la sentencia estará fundada en una norma más general, pues la sentencia es la más individual de las normas. Conforme vamos subiendo en la pirámide las normas aumentan en generalidad y abstracción y se reducen en cantidad tomando la forma piramidal. De modo que la sentencia está fundada en una norma general o en los principios generales que el juez hallase en las normas generales. Pero a su vez aquella ley o esos principios no serán fantasía normativa sino que estarán fundados en forma lógico-normativa en una constitución, cúspide formal de la pirámide. El juez funda su sentencia por individual que sea en todo un sistema jurídico normativo. Cuando absuelve o condena, es todo el ordenamiento el que absuelve o condena.. Cuando los jueces inquietan, escrutan, movilizan el sistema normativo para sentenciar, en realidad están haciendo correr la sangre por ese cuerpo estático, están haciendo funcionar un organismo inmóvil, que de otro modo no tendría vigencia”<sup>24</sup>.

De ahí la importancia de que el juez cuente con los medios necesarios para resolver de la mejor manera, y de ver en qué medida el juez puede participar en proveerse de dichos medios. Más concretamente pues es el objeto de dicho estudio, cual será su posible actuación de oficio de cara a procurarse las pruebas que él estime necesarias para dictar su resolución. Pero en definitiva, para esta concepción según palabras de MONTESQUIEU: “de los tres poderes que hemos hablado, el de juzgar, es en cierto modo, nulo” tal y como lo recoge PEDRAZ PENALVA, explicando que tenía a la ley “y esto es así porque la sujeción a las palabras del legislador por parte del juez, debe ser

---

<sup>24</sup>HERRENDORF, D.E., ob. cit., pág. 51.

absoluta. Como expone ROSAS TORRES al realizar una crítica a esta concepción, en esta figura del juez boca de la ley hay una ausencia de actuación del juzgador, pues queda reducido este juez a la aplicación del derecho escrito por el legislador. Para el autor ROSAS TORRES, la labor del juzgador debe configurarse, “para realizar la mejor de entre la diversidad de actuaciones, para buscar una solución valiosamente considerada o, ciertamente con sentido creativo en la solución de conflictos”<sup>25</sup>. Esta concepción del ‘juez boca de la ley’ limitaba hasta el extremo la actuación del mismo, puesto que consideraba el cuerpo legal como algo completo de uso casi perpetuo, ajeno al paso de los años. Pero esa visión, pronto se desmoronaría puesto que el Derecho regula las conductas humanas, las situaciones conflictivas que pueden surgir en sociedad, y como es evidente las sociedades no son estáticas, sino que se transforman. De ahí que si la sociedad es cambiante, el Derecho aplicable no puede ser estático sino que debe moverse con ella, y de hecho los propios jueces se dan cuenta de esos cambios cuando se encuentran con situaciones que todavía no tienen una regulación. Esto no implicará que deba el juez entonces crearlo, sino que, simplemente demuestra que el legislador no puede legislar una sola vez, un conjunto de materias con la idea de que no volverán a necesitar ser revisadas.

## **B) El juez omnipotente**

En esta concepción vamos a encontrar un juez que, estando sometido a la ley, disfruta de un margen de actuación, en contra de la visión clásica del proceso. Serán los realistas americanos con el juez HOLMES<sup>26</sup> a la cabeza quienes realicen un análisis en el que sitúan al juez por encima de la ley, pues

---

<sup>25</sup> ROSAS TORRES, D. E., “*El juez boca de la ley*”, en *Estafeta Juridica Virtual*, Abril 2007.

<sup>26</sup> El juez Oliver Wendall Holmes fue Juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América desde el año 1902 al año 1932, publicando posteriormente el libro titulado ‘*Los votos discrepantes del Juez Holmes*’ en el cual se establece como precursor de la concepción instrumental del Derecho, en la que se trata de buscar el fin social perseguido por las normas, y adecuar la valoración que se haga de los hechos a ese fin.

los pronunciamientos están fundados sobre la clase y el humor del juez, y la ley no será más que una profecía aventurada de lo que dirán los jueces. El juez escuchará los argumentos de ambas partes, y el abogado más convincente será el que prevalezca. Para COSSÍO con el juez Holmes se instauró en Estados Unidos una posición propia jurídica de gran relevancia internacional<sup>27</sup>. Para los críticos de esta concepción es que finalmente se traduce en, poco derecho, y primacía de los hechos. Este rol creativo del juez se explica también como respuesta a las lagunas y contradicciones de la ley, representando al juez como un ‘ingeniero social’ que juzga todo, y al que se le demanda la solución de muchas materias. Ejerce un gran poder pero, ¿de dónde saca la legitimidad?, pues al no ser elegidos no tienen legitimidad democrática, por lo que aparece el espectro del gobierno en los jueces. Esto se manifiesta por ejemplo en los jueces de instrucción de Francia, que son llamados ‘los más poderosos de Francia’.

La ley organiza el sistema jurídico, pero el juez moderno está llamado a dar la norma cuando la ley sea oscura o insuficiente; históricamente esto ya se recogía en el Derecho Romano donde la figura del Pretor tenía una pequeña iniciativa de poder legislativo para aquellos casos donde la ley quedaba incompleta en el encuentro de la solución al conflicto. En el derecho moderno la afinidad entre el oficio del juez y del legislador desaparece, como consecuencia de la separación de poderes, pero es claro que por detallistas que pretendan ser las leyes, no pueden regular más que casos en abstracto, y ni siquiera puede prever todos los posibles. Por eso, aunque puede decirse que en principio la ley no tiene lagunas y encierra potencialmente la norma aplicable, lo cierto es que la ley hace concesiones a la obra especializada del

---

<sup>27</sup> COSSÍO, C., en prólogo de *La naturaleza de la función judicial* de CARDOZO, B.N., Ed. Comares, Granada, 2004. Para el autor “los escandalosos votos dentro de la tradición del tribunal y las novedosas ideas dentro del clima científico de los Estados Unidos habían de ser pronto el hontanar de la nueva doctrina constitucional de la Corte y la fuente de una teoría general del Derecho que habría de dar al país una posición propia dentro del campo científico internacional”.

juez. Son los casos en los que se dice que el juez es creador del derecho, puesto que se enfrenta con una norma dudosa y debe dar algún tipo de solución. Esta función del juez no tiene cabida en nuestro ordenamiento pues el juez tiene un oficio único, que es juzgar, no crear Derecho. En caso de duda en un proceso, acudirá a la analogía y a los Principios Generales del Derecho, y cuando se habla de una adaptación histórica de la ley a los cambios sociales, donde el juez canaliza la voluntad legislativa a estas situaciones, no se habla en ningún caso de creación del Derecho por su parte. Según el Código Suizo cuando el juez se encuentre frente a una ausencia de ley, de costumbre, de doctrina y de jurisprudencia, se desenvolverá de acuerdo a las normas que él haría si fuera legislador, es decir sería una nueva fuente del derecho, para la que no habría soporte escrito previo. Este Código, vigente desde 1912, en opinión de CASTÁN TOBEÑAS citado por HOFFMANN, “en lugar de pretender reglamentar todas las relaciones de Derecho, se contenta con establecer los principios y direcciones jurídicas fiando el resto a la discreción de los jueces y juriconsultos”<sup>28</sup>. Esta concepción entraña peligros evidentes pues, ¿qué ocurriría con la aplicación de normas tan inciertas y elásticas como aquellas que, el juez estaría autorizado a desenvolver por su exclusivo y propio criterio? Y más peligrosas parecen las nuevas doctrinas denominadas ‘derecho libre’, que exageran esta libertad hasta la posibilidad de corrección. Para GUASP “los representantes más avanzados de esta posición sostienen que el juez está facultado, salvo ciertas excepciones, a separarse de la ley siempre que entiendan que sus disposiciones son injustas o inoportunas”<sup>29</sup> La figura más relevante dentro de las doctrinas denominadas de ‘derecho libre’, fue ERNST FUCHS, ferviente admirador del Código Suizo, propugnaba que “cuando la ley o la costumbre no fueran pensadas para un caso, resulta injusto forzar la introducción de ese caso en dicha norma, por eso procede la decisión

---

<sup>28</sup> HOFFMANN ELIZALDE, R., *Introducción al estudio del Derecho*, Ed. Universidad Iberoamericana, México, 1998, pág. 180.

<sup>29</sup> GUASP, J., *Comentarios a la nueva ley de enjuiciamiento civil*, Ed. Civitas, Madrid, 1996, pág. 291.

libre, con arreglo a la equidad y a la justicia. (...) porque la búsqueda del resultado justo impera sobre el sistema y la lógica”. Sigue matizando que, el Código Suizo lo que hace no es permitir que el juez juzgue “según su sentir subjetivo sino que debe establecer una regla, una norma para todos los casos iguales, regla que se inserte armónicamente en los principios básicos del ordenamiento”<sup>30</sup>. Se necesitaría someter a los jueces a un estudio exhaustivo de los valores que les forman, y aún así los particulares en ningún caso podrían quedar al absoluto arbitrio del juzgador, ya que supondría un peligro para la igualdad de la Justicia.

### C) El juez imparcial

En contra del juez omnipotente y ‘desbordado’, confiamos cada vez más en un juez que posea unas pretensiones jurídicas imparciales, a las que llamamos mediadoras, conciliadoras y arbitrales. Este tercer juez tiene un importante poder de apreciación, y lo que se le demanda es que escuche a las partes e intente acercarlas. La legitimidad viene porque pone en juego el diálogo entre las partes, la contradicción y a raíz de lo escuchado se ayuda del Derecho para otorgar una solución justa. El juez tiene el poder de solucionar el litigio y este poder consiste en aportar respuesta a las partes, y responder de su responsabilidad a la hora de tomar decisiones. Este poder se concreta en dos términos latinos: *jurisdictio*, que es el poder de decidir el derecho solucionando una pretensión jurídica al darle respuesta; y el *imperium*, que significa que se le da a sus decisiones fuerza ejecutiva, es decir, que se lleva a efecto su resolución.

---

<sup>30</sup> La teoría de FUCHS viene recogida por GARCÍA AMADO, J.A, dentro de un proyecto de investigación de la Dirección General de Investigación de Ciencia y Tecnología, titulado “*La metodología moderna de interpretación y aplicación del Derecho*”, código PS94-0150, de la Universidad de León.

Parece interesante el análisis que hace la Escuela Nacional de Magistratura del Tribunal Superior de Venezuela<sup>31</sup> sobre el perfil que debe tener todo juez: los valores, las habilidades, y los conocimientos. Para esta Escuela, el juez:

- A) Debe ser: justo, honesto, transparente en su conducta como servidor público, imparcial, conciliador, responsable, ponderado, ecuánime, íntegro, ejemplo para la comunidad, garante en la tutela de los intereses jurídicos fundamentales, recto en su proceder, firme en sus principios morales y ético, progresista en las interpretaciones humanitarias y reconocedores de los valores superiores de la persona.
- B) Debe tener: capacidad para el uso técnico de la palabra hablada, conciencia de su rol como servidor público, vocación de servicio, aptitud para el trabajo sin tregua, constancia y tenacidad, coraje y temple para asumir la responsabilidad de sus decisiones, equilibrio emocional, capacidad para escuchar y razonar, una cultura general amplia que le permita ser abierto a los cambios y transformaciones de la sociedad, convicción ética de la importancia y responsabilidad de su papel en la sociedad.
- C) Debe estar: al servicio de la comunidad, capacitado para administrar justicia, abierto a los cambios y a las nuevas corrientes jurídicas, dispuesto a asumir los riesgos de su misión, en buen estado de salud física y psíquica.
- D) Debe conocer: las normas éticas implícitas en la misión de juzgar, los Derechos Humanos, el Derecho Constitucional, los Principios Generales del Derecho, la realidad política, social y económica en la cual le corresponde actuar, la materia del tribunal de su competencia,

---

<sup>31</sup> La Escuela Nacional de la Magistratura del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela dedica un espacio para estudiar el rol que el juez debe tener para el desarrollo de su profesión. (<http://enm.tsj.gov.ve>).

las técnicas de la argumentación, las herramientas informáticas que contribuyan al buen desempeño de sus funciones, el manejo del lenguaje oral y escrito, la doctrina y la jurisprudencia como guía no como dogma, y los medios alternativos a la resolución de conflictos.

Para ATIENZA los tres principios rectores en la ética judicial son “independencia, imparcialidad y motivación. El principio de independencia exige ante todo autorrestricción, modestia y valentía; el de imparcialidad, sentido de la Justicia y honestidad personal; y el de motivación se conecta especialmente con la virtud de la prudencia que, en términos aristotélicos, implica una capacidad (tanto intelectual como moral) para aplicar los principios a los casos concretos”<sup>32</sup>. Por otro lado, SENTÍS MELENDO relaciona al juez y a la ley de manera acertada, exponiendo que “será siempre de desear que las leyes sean perfectas. Pero es todavía más necesario que sean buenos los encargados de aplicarlas. Si alguno de los elementos es defectuoso, preferible será que el defecto esté en la ley y no en el juez. Con leyes deficientes y buenos jueces es más posible que se logre más buena justicia que con leyes perfectas y malos jueces”<sup>33</sup>. Es cierto, el ideal sería intentar tener buenas leyes y buenos jueces, pero en cualquier caso, el juez aplica la ley y si la ley no está del todo clara es cuando empiezan los problemas prácticos. El juez debe limitarse a la ley, buena o mala, debiendo evitar coger las riendas interpretativas, en aras de la seguridad jurídica.

El análisis de las diligencias finales nos posibilita el acercamiento al estudio de las facultades del juez en nuestro proceso civil, para saber hasta

---

<sup>32</sup> ATIENZA, M., “Ética judicial: ¿por qué no un código deontológico para jueces?”, Revista Jueces para la Democracia, n° 46, marzo 2003.

<sup>33</sup> SENTÍS MELENDO, S., *Teoría y práctica del proceso*, Vol II, Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1958, pág. 7. El autor frente a la pregunta de cual es el requisito más importante que tiene que tener un juez, se remite a una frase acuñada por el derecho inglés que dice que, “el juez debe ser un gentleman, un caballero, y si además sabe algo de derecho no está de más”, pag. 10.



qué punto goza de iniciativas y en concreto sobre el hecho de tener iniciativa sobre el material probatorio. Por eso parece interesante preguntarnos en primer lugar, qué juez queremos en nuestro sistema judicial, cual creemos que es su misión, y cómo pensamos que va a poder desempeñarla con los medios que el legislador pone a su alcance. Y aunque pueda parecer obvio, preguntarse también, a qué van las partes a los Juzgados. Los justiciables acuden al órgano jurisdiccional porque existe entre ellos una contienda de carácter privado. Pero ese carácter privado ya no va a ser considerado así de forma estricta, sino que al ser planteado frente a un juez que ejerce una labor pública dentro del marco de un proceso público, y del cual se obtendrá una sentencia que afectará al resto de la sociedad, parece importante otorgar a ese juez todos los medios necesarios para dictar la mejor resolución posible, pues junto al campo privado aparece un trasfondo público. En consecuencia, las partes quieren solventar el problema, a través de la sentencia más justa que pueda haber para su caso. Señala CALAMANDREI que “el proceso debe servir para conseguir que la sentencia sea justa, o al menos para conseguir que la sentencia sea menos injusta”<sup>34</sup>. El juez debe tratar de llegar a la verdad, y solo cuando haya llegado a ella valiéndose de todas las herramientas con las que el legislador ha dotado al proceso, y respetando los límites que se le imponen, formar su convicción y motivarla. Como señala PRIETO CASTRO, ‘toda limitación en cuanto a aportación de hecho y pruebas, vienen impuestas por el temor al riesgo que se puedan producir en cuanto a la imparcialidad del juez’<sup>35</sup>. La posición del juez entendemos que no puede someterse simplemente a lo que lleven las partes al proceso, sino que de manera activa con los medios que la ley le otorgue, tratar de llegar al descubrimiento real de los hechos del proceso, y de esta manera redactar la mejor sentencia para el caso, en virtud de la función que el Estado le encomienda.

---

<sup>34</sup> CALAMANDREI P., ob. cit., pág. 211.

<sup>35</sup> PIETRO- CASTRO, L., ob. cit., pág. 552.

### **3. La figura del juez en derecho comparado**

En general, en todos los ordenamientos jurídicos de los distintos países, el juez posee unos rasgos característicos que definen tanto la persona, como la función que desempeña. Éstos rasgos han venido resumiéndose de la siguiente forma; en primer lugar, en su deber de ser respetuoso con los derechos y libertades fundamentales, y garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva, que será lo que proteja el acceso de los ciudadanos a la justicia. En segundo lugar, debe ser una figura con unos principios éticos y valores morales firmes, ya que representa a la Justicia, es a él quien acuden las personas a fin de solucionar su contienda. Y estos particulares no acuden en busca de cualquier solución, sino de aquella que se ajuste más a la calificación de justa. En tercer lugar, el juez es quien aplica las normas que rigen el ordenamiento jurídico creadas por el legislador, luego debe poseer los conocimientos legales exigidos. Y por último, debe tener cualidades para desempeñar su función de una forma eficaz, dentro de lo que los soportes físicos le permitan, que la mayor parte de las veces podrían mejorarse.

Dentro de los países de nuestro entorno, se ha estudiado igualmente la labor del juez en el proceso, y cuales deben ser los límites en su actuación, habiéndose producido un ligero incremento en sus facultades. Este es un planteamiento que no ha dejado de repetirse históricamente, y en todos los Estados siempre ha existido el debate doctrinal acerca de si hay que dar más poder al juez, o por el contrario restringírsele. Explica DEVIS ECHANDÍA, que en un proceso dispositivo riguroso solo las partes podrán proponer prueba, por lo que sin su solicitud no podrá practicarse; en un sistema inquisitivo como el penal, el civil moderno europeo, brasileño y argentino, o dispositivo

atenuado como es el caso de nuestro ordenamiento y el colombiano, serán proponentes de prueba el juez y las partes<sup>36</sup>.

En Alemania la ZPO (zivilprozessordnung), Ley de Enjuiciamiento Civil, promulgada en el año 1949 establece una amplia iniciativa probatoria de oficio, con el único límite de no poder acordar la prueba testifical. Respecto a esta prueba cabe no obstante señalar que mediante los arts. 273 y 373, el juez al considerar relevante una testifical que las partes no han presentado, puede cuestionarles si se la han planteado, y en el caso de no haberla solicitado preguntarles el por qué. Como señala TARUFFO esto “puede inducir a las partes a proponer la prueba testifical que omitieron indicar”, que inevitablemente nos recuerda al art. 429.1.II LEC sobre la valoración de la suficiencia probatoria por el juez en la audiencia previa, que estudiaremos posteriormente. En el año 2002, se incrementaron las facultades del juzgador para los casos de exigir la presentación de documentos retenidos tanto por las partes, como por terceros.

En Italia el antiguo código de 1865 fue sustituido a través del Codice di Procedura Civile de 1940, promulgado el 21 de abril de 1942, en el que participaron desde una comisión asesora Calamandrei, Carnelutti y Redenti, entre otros. Al juez dentro del proceso italiano se le reconocían poderes pero no de una manera tan amplia como algunos señalaban por la fecha en la que fue publicado, sino que en su art. 115 se señala que debe tomar su decisión basándose en las pruebas aportadas por las partes o en su caso por el ministerio público, salvo que la ley disponga otra cosa, que señala BARBOSA MOREIRA “que no suena como estímulo, en la materia de la iniciativa judicial

---

<sup>36</sup>DEVIS ECHANDÍA, H., *Teoría General de la prueba judicial*, Ed. Víctor P. De Zavallía, Buenos Aires, 1970, pág. 79.

ex officio”<sup>37</sup>. La tendencia fue la de incrementar estos poderes, aunque no se hizo pese a haber tenido dos reformas en 1991 y en 1995, habiéndose puesto de manifiesto como señala TARUFFO finalmente dicho incremento, con la reforma del año 1998 a través del art. 281<sup>38</sup>, en el que se habilita al juez para que pueda de oficio acordar determinadas pruebas que considere oportunas.<sup>39</sup>

El Código Portugués de 1961 es fruto de una evolución en la que partiendo de la legislación que existía del año 1876, se comenzó en el año 1926 la redacción de un nuevo Código Procesal Civil de la mano del profesor Dos Reis, y que plasmó un articulado con grandes influencias de lo que se venía haciendo en Italia y Austria<sup>40</sup>. Posteriormente, se elaboró por el mismo profesor un proyecto de nuevo código que vería la luz en el año 1939, pero que no convenció a los profesionales, por lo que una Comisión se embarcó de nuevo en la redacción de otro texto, que se convertiría en el vigente Código de 1961. En él se recoge igualmente la concesión de poderes de dirección al juez, reconociéndoles la facultad para ordenar de oficio diligencias que estimen necesarias cuando la ley lo preve, con el fin de dictar mejor sentencia.

En Francia, el Code de Procédure Civile reformado en 1975, del que hemos visto sus primeros artículos, le confiere al juez la facultad de acordar que se lleven a cabo todos los medios de prueba que estime necesarios, legalmente admisibles. Pese a este otorgamiento tan notorio de poderes del juez en las pruebas, el sistema francés descansa sobre los principios dispositivo y de aportación de parte, con la clara afirmación: “*Donne moi le fait, je te donnerai le droit*” (‘Dame el hecho, yo te daré el derecho’). El

---

<sup>37</sup> BARBOSA MOREIRA, J.C., “El neoprivatismo en el proceso civil”, Revista de Derecho Procesal, n° 3, 2005.

<sup>38</sup> TARUFFO, M., “Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa”, Ponencia del XXV Congreso Nacional de la Asociación italiana de investigación sobre el proceso civil, Cagliari, 2005, pág. 257.

<sup>39</sup> PICÓ I JUNOY, J., *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Ed. J.M Bosch, Barcelona, 1996, pág. 254.

<sup>40</sup> FAIRÉN GUILLÉN, V., *Los procesos europeos desde Finlandia hasta Grecia. (1900-1975)*, Ed. Universidad de Valencia, Valencia, 1977, pág. 59.

procedimiento francés tuvo como gran momento codificador el año 1806, en el que se publicó lo que pasó a denominarse Código Napoleónico a través del cual se renovaron y ordenaron disposiciones del año 1790, que a su vez tomaban gran parte de su influencia en Ordenanzas Reales de 1667 de los tiempos del Rey Luis XIV. Estas Ordenanzas pretendían hacer el proceso “plus simple, plus expéditive et moins coûteuse”<sup>41</sup>, es decir: sencillo, rápido y menos costoso, intención que a día de hoy podemos observar cómo las reformas procesales siguen intentando con ahínco en todos los países. Con el paso del tiempo se empezó a sentir la necesidad de reformar el Código, y así en el año 1958 comenzaron a producirse pequeños retoques seguidos de otros en el año 1965 en el cual, a través de un Decreto de 13 de octubre, empezaron a realizarse los verdaderos cambios. Estas modificaciones culminaron finalmente con la creación de una Comisión de reforma presidida por Jean Foyer formada el 4 de abril de 1969, grupo que durante cuatro años elaboró textos nuevos con el fin de llegar a una reforma completa del proceso. De este equipo de trabajo salieron cuatro Decretos de fechas: 9 de septiembre de 1971, 20 de julio de 1972, 28 de agosto de 1972 y 17 de diciembre de 1973, que consiguieron finalmente con su codificación la creación del Nuevo Código del Procedimiento Civil de 5 de septiembre de 1975. Fue un proyecto aplaudido por la necesidad que había entonces de adaptarse a la nueva sociedad francesa y a los continuos cambios que el proceso anhelaba, habiendo tenido algunas reformas. Dentro del Código Francés, las partes deben probar los hechos sobre los que basan sus pretensiones aportando los medios que van a utilizar, pero el juez por su parte puede acordar de oficio todas las pruebas legalmente admisibles, sin suplir en ningún caso la falta de diligencia de las partes, y atendiendo a la recomendación de prudencia que establece el propio Código.

---

<sup>41</sup> DAIGRE, J.J., *La production forcée de pièces dans le procès civil*, Ed. Presses Universitaires de France, París, 1979, pág. 6.

En la misma línea, Suiza en su Ley Procesal Federal de 1947 estableció en su art. 33 facultades para el juzgador en materia probatoria, al permitirle que pueda acordar pruebas distintas a las planteadas por las partes<sup>42</sup>.

El caso de Suecia resulta dentro del Derecho Comparado un caso de especial interés puesto que, en este país existe un Código Procesal unitario que recoge en su articulado los principios aplicables tanto para el proceso civil como para el proceso penal, estando en vigor desde el año 1948 con algunas modificaciones posteriores. Sin embargo, Suecia no es el único país y de hecho no fue el primero en realizar este código unitario, sino que Dinamarca lo hizo con anterioridad con el ‘Lov om Rettens Pleje’, de fecha 11 de abril de 1916, o en nuestro país el Reglamento Provisional para la Administración de Justicia de 26 de septiembre de 1835. Pero como señala ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, sí es el Código Sueco el que lo ha elaborado “...en la forma más perfecta lograda hasta la fecha”<sup>43</sup>. Anteriormente a la publicación de este Código, en Suecia regía el Sveriges Rikes Lag del año 1734, y fue en el año 1911 cuando comenzó la idea de llevar a cabo una reforma que fue emprendida por Natanael Gärde<sup>44</sup>, y que vio llegar sus frutos al entrar en vigor el Rättegångsbalk con fecha uno de enero del año 1948. Ambos procedimientos de la misma manera que comparten principios, como puedan ser la inmediación, la oralidad o la contradicción, es claro que vienen diferenciados igualmente, al ser el penal en su fase preparatoria de naturaleza inquisitiva. Viene a establecer un proceso civil marcado por la aportación de prueba por las partes, y otorgando determinados poderes al juez en la dirección del mismo, pero no las facultades probatorias de oficio. Señala

---

<sup>42</sup> TARUFFO, M., ob. cit., pág. 246.

<sup>43</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Estudios diversos de derecho procesal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1985, pág. 366.

<sup>44</sup> FAIRÉN GUILLÉN, V., “Bases uniformes de legislación procesal”, Comunicación presentada en las V Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal, Bogotá, 1970.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO que quizá este código debe ser aquel en el que busque su base la legislación procesal de un futuro, pues “en 765 párrafos el legislador sueco encierra la organización judicial, el enjuiciamiento civil y el penal, que por ejemplo en España suman 4.000 artículos”<sup>45</sup>. Hay que tener en cuenta que el autor hace este comentario en el año 1975 cuando todavía no se habían llevado a cabo en España las reformas en sendos ámbitos, pero acertado sin duda.

En un extremo más inquisitivo se encontraba el Código del Proceso Civil de la Federación Rusa del año 1964, en el que se recogían amplios poderes para el juez, de tal forma que, respecto a la prueba podía acordar cualquier medida que estimase conveniente, sin incluso necesitar una aportación previa por las partes<sup>46</sup>. En el año 1995 se llevó a cabo una reforma que vino a modificar esta situación haciendo que las partes fuesen las que debían proponer prueba, y la postura del juzgador quedar esta vez en situación de excepcionalidad, con tendencia a una postura inactiva en este sentido. Expone MALESHIN que en este momento “el énfasis en el proceso de la prueba fue desplazado de la esfera de competencia del tribunal a las partes”<sup>47</sup>. Con el tiempo se estimó que no era conveniente tampoco dejar al tribunal en una posición pasiva, ya que mediante ésta no se podría llegar a la verdad, teniendo lugar una nueva reforma en el año 2002 mediante la cual se ha llegado a una posición intermedia, con una colaboración entre juez y partes, para aquellas pruebas que para éstas sea difícil traer al proceso.

---

<sup>45</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., ob cit, pág. 372.

<sup>46</sup> Como señala TARUFFO “se imponía al juez el deber de investigar de oficio dicha verdad”, refiriéndose a la de los hechos planteados. ob. cit., pág. 255.

<sup>47</sup> MALESHYN, D., “El estilo de Rusia de procedimiento civil”, *Emory International Law Review*, Vol. 21, nº 4, 2007, pág. 547. A raíz de la reforma de 1995 señala el autor “que dio lugar a que en muchos casos la sentencia se basase en una comprensión incompleta de la situación real”.

La garantía de que exista un proceso equitativo en cada una de las distintas jurisdicciones internacionales es hoy un intento extendido, en razón a un número importante de países unidos por el Pacto Internacional relativo a los Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966, firmado por 145 estados, o por el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, firmado por 43 estados<sup>48</sup>. Estos pactos quedan reforzados además por las ideas que articulan los órganos de control, de los instrumentos internacionales para la protección de los derechos del hombre. Estas ideas se van infiltrando en el pensamiento de los juristas, que tienen responsabilidad tanto en el ámbito nacional como más allá de sus fronteras, al construir la figura del juez internacional que es reciente y poco familiar. Si exceptuamos efímeras actuaciones regionales, la historia de la justicia internacional comienza esencialmente con la Corte Permanente de Justicia Internacional, antecesora de la Corte de Justicia Internacional existente a día de hoy, creada en el año 1921 al mismo tiempo que la Sociedad de Naciones<sup>49</sup>, de manera independiente, y será solo a partir de la Segunda Guerra Mundial cuando podemos hablar ya de un movimiento jurisdiccional de Derecho Internacional. Como señala GÓMEZ COLOMER, en Europa la reforma procesal gira en torno a cuatro puntos: 1) oralidad, que comenzó con la reforma austríaca. 2) la necesidad de reformar la fase preliminar eliminando cualquier obstáculo que impida llegar al fondo del

---

<sup>48</sup> Art. 6 de la Convención Europea de los Derechos Fundamentales. "Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la Sala de Audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el Tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia".

<sup>49</sup> Organismo internacional que surge a raíz de la Primera Guerra Mundial con el fin de llevar a cabo la reorganización tras la guerra. Fue creada por el Tratado de Versalles el 28 de junio de 1919, y realizó su primera Asamblea el día 15 de noviembre de 1920 en Ginebra con la participación de 42 países. Al mismo tiempo se creó la Corte Permanente de Justicia Internacional, que tras la Segunda Guerra Mundial pasó a denominarse Corte de Justicia Internacional en 1946, conocido como Tribunal de la Haya, que representa el principal órgano judicial de las Naciones Unidas, organismo que a su vez sucedió a la Sociedad de Naciones.



asunto. 3) concentración, que permita al juez mediante la inmediación, elaborar de primera mano su convicción. Todo debe transcurrir en una sola audiencia en lo referente a las pruebas,. 4) simplificar la fase decisoria, debe valorarse de forma ágil para obtener una resolución inmediata<sup>50</sup>.

#### **4. La dirección material y la dirección formal del proceso.**

La función directora del juez puede tratar, o bien sobre el desarrollo del proceso, lo que se denominará dirección formal, o bien sobre el objeto del mismo, que será la dirección material. En nuestro proceso civil regido por el principio dispositivo, las facultades del juez sobre el objeto, es decir materiales, deben ser necesariamente reducidas, y nulas en cuanto a su proposición y delimitación, pues es exclusiva tarea de las partes fijarlo a través de la interposición de la demanda. Pero pueden ser admisibles las facultades que estén a disposición de la formación de la convicción del juez, acerca de los hechos alegados.

##### **A) Dirección material.**

Para conocer quién tiene la dirección material del proceso hay que atender a que sujeto le corresponde el deber de aportar los elementos que influirán en la conclusión que el juez adoptará al final sobre el asunto. Es decir, en el proceso va a existir un reparto de funciones entre el juez y las partes. Atendiendo al principio dispositivo corresponderá por tanto a las partes la facultad de dirección que se refiere a los hechos, ya que serán éstas las que determinen el objeto del proceso a través de la introducción de los mismos, quedándole al juez prohibido atender a otros distintos. Numerosos

---

<sup>50</sup>GÓMEZ COLOMER, J.L., , artículo "*Principios y características esenciales del nuevo proceso civil. La Ley 1/2000*", en Revista General Informática de Derecho, año 2000.

artículos dejan esto claro en la actual Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000 (en adelante LEC); así el art 19 expone que “los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio...”, el art. 216 por su parte establece que “los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas, y pretensiones de las partes”, y el art. 218.1 señala que: “el tribunal sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer”. Junto con los elementos subjetivos del proceso que serán, quién pide y frente a quién se pide, coexisten dos elementos objetivos que son: lo que se pide (*petitum*) y la causa de pedir (*causa petendi*). Respetando el principio dispositivo el juez deberá ser congruente con lo que las partes piden , sin poder tener en cuenta nada más que los hechos aducidos por éstas. El art 218 LEC es en el que se recoge esta necesidad de congruencia de la sentencia explicando que existirá cuando no se obtenga un desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formulan sus pretensiones, pues se estaría concediendo cosa distinta a la pedida. Igualmente queda plasmada en el art. 120.3 de la Constitución Española, donde el texto constitucional establece la necesidad de que las sentencias estén motivadas, y se ajuste la resolución del juez con lo pedido por las partes. El juez queda vinculado por tanto por lo pedido por el demandante y por las admisiones del demandado, pudiendo únicamente pronunciarse sobre estos términos ya que las partes son las únicas que pueden introducir los hechos y fijar las pretensiones. En este sentido encontramos numerosa jurisprudencia, como la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2008, Sección Primera, [La Ley 74047/2008], que establece la necesidad de congruencia del fallo que “se resume en la correlación que debe existir entre las pretensiones oportunamente deducidas por las partes y el fallo de la sentencia”, o la que la

define como “la correcta relación entre el suplico de la demanda y el fallo de la sentencia”<sup>51</sup>.

En lo que respecta al juzgador, éste debe resolver el caso atendiendo a las normas legales aplicables las hayan citado o no las partes, puesto que en eso el juez no queda sujeto a los fundamentos de Derecho aportados por éstas. Aún sin ellas recogerla en sus escritos, él si debe aplicarlas al proceso como máximo conocedor de la ley, y además porque la conformidad de las partes respecto a las mismas no podría establecerlas en ningún caso.

## B) Dirección formal

La dirección formal atiende a quién va a asumir en el proceso civil las facultades de control de la regularidad técnica de los actos procesales, y de impulsarlo para que vaya desarrollando todas sus fases. Señala FAIRÉN GUILLÉN que “el poder de dirección procesal del juez se manifiesta mediante el auxilio que éste les presta en las alegaciones y actividades que han de desplegar para conseguir el objeto del proceso”<sup>52</sup>. El impulso procesal es el motor que le hace moverse, y se ha entendido que debe quedar dentro de las facultades del órgano jurisdiccional, En la LEC de 1881, concretamente en su art. 307, se establecía que el paso de un acto procesal a otro dependía de la actuación de las partes, pero el RDL de 2 de abril del año 1924 estableció que, salvo que la ley dispusiese otra cosa el órgano jurisdiccional daría de oficio el curso que correspondiese al proceso dictando las resoluciones necesarias, y añadiendo que, la falta de impulso del procedimiento por las partes, no originaba la caducidad de la instancia o del recurso. Este Real Decreto fue

---

<sup>51</sup> STS, Sala Primera, Sección 1ª, de 6 de junio de 2008, [La Ley 61775/2008]. Igualmente en STS de 25 de enero de 1995, Sección 1ª [La Ley 331/1995], se establecía que “la congruencia ha de resultar de la comparación delo postulado en la demanda y los términos del fallo”.

<sup>52</sup>FAIRÉN GUILLÉN, V., *Estudios de Derecho Procesal*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, pág. 313.

derogado por la reforma del año 1984, Ley 34/1984 de Medidas Urgentes, pero mantuvo los principios inspiradores del mismo, lo que fue recogido más tarde en la LEC cuando en su art. 179.1 expone que “el órgano jurisdiccional dará de oficio al proceso el curso que corresponda dictando las resoluciones necesarias”, y en el art. 237 recogiendo ahora respecto a la caducidad que ésta tendrá lugar “si pese al impulso de oficio de las actuaciones, no se produce actividad procesal alguna”.

Al final del proceso el juez deberá dictar una sentencia sujetándose a los hechos presentados y a la normativa legal, ya que no puede dejar sin resolver lo planteado y esta sentenciase encontrará en una de estas situaciones, tal y como expone MONTERO AROCA<sup>53</sup>:

- a) El hecho alegado por alguna de las partes existió, donde deberá extraer la consecuencia jurídica prevista en la norma.
- b) El hecho alegado no existió, no se aplicará la norma en la que la parte pretendía ampararse.
- c) El hecho no ha llegado a ser probado colocando al tribunal en situación de duda, esta situación de incertidumbre no le permite dictar una sentencia ‘non liquet’ (no está claro), es decir acorde a nuestro derecho el juez no puede dejar de resolver pese a la duda.

---

<sup>53</sup> MONTERO AROCA, J., *El nuevo proceso civil*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2001 pág. 313.

## CAPÍTULO I: LOS PRINCIPIOS DISPOSITIVO Y DE APORTACIÓN DE PARTE EN EL PROCESO CIVIL.

### 1. 1. Concepto

El proceso civil es el medio a través del cual los justiciables encuentran solución a posibles litigios que aparecen en el transcurso de sus vidas, referentes al ejercicio de sus derechos privados. Para GUASP y ARAGONESES, “el proceso no es pues, en definitiva, más que un instrumento de satisfacción de pretensiones”<sup>54</sup>, y asimismo señalan que “la pretensión procesal es una declaración de voluntad por la que se solicita una actuación de un órgano jurisdiccional frente a persona determinada y distinta del autor de la declaración”<sup>55</sup>. Para PEDRAZ PENALVA “el proceso es el instrumento constitucionalmente necesario previsto para el rogado desarrollo de la potestad jurisdiccional”<sup>56</sup>. Se trata por tanto de dos partes enfrentadas que acuden a la Justicia, para que ésta, mediante los medios de los que dispone, ponga fin a tal desencuentro. La clave está en que serán los propios justiciables los que decidan acudir o no al proceso para resolver sus problemas, pudiendo igualmente ponerle fin en cualquier momento. Es decir, son esas personas, esas ‘partes’ en lenguaje jurídico, las que *disponen* libremente de acción, entendida ésta como el “motor de arranque” de un proceso. Esa *disposición* es lo que viene a recogerse y a denominarse principio dispositivo, con el que entendemos que solo ellas pueden dar comienzo a un proceso, son ellas las que disponen si defienden sus derechos

---

<sup>54</sup> GUASP, J., y ARAGONESES, P., *Derecho procesal civil*, Tomo I, Ed. Civitas, Madrid 2001, pág. 35.

<sup>55</sup> GUASP, J., y ARAGONESES, P., ob. cit., pág. 264.

<sup>56</sup> PEDRAZ PENALVA, E., “El derecho procesal como sistema de garantías”, en *Revista Jueces para la Democracia*, nº 16-17, año 1992, pág. 17. Continúa señalando que “se ejerce previa excitación/petición de una persona que afirme la necesidad de tutela de un derecho o interés legítimo, en atención al art. 24 C.E”.

mediante el auxilio de los tribunales, lo que va a ser la base de nuestro proceso civil. Esto se traduce en que el Juzgador no puede dar comienzo de oficio un proceso civil, sino que solo pueden hacerlo los interesados. En lo que respecta al principio de aportación viene referido sobre a quien le va a corresponder introducir el material probatorio, sin que en ningún caso el juez pueda introducir elementos de prueba no deducidos de los autos ya existentes. Estos dos conceptos, principio dispositivo y principio de aportación, causarán más de un debate en cuanto a su naturaleza pues como vamos a ver a continuación, no existe en la doctrina una posición pacífica sobre si son dos principios independientes, o si el de aportación está dentro del dispositivo, no teniendo por tanto un carácter propio. De hecho la redacción de la LEC no cierra la discusión, puesto que parece regular los dos principios como si se tratase de uno solo al hacer referencia a ellos en su artículo 216.

## **1. 2. Evolución histórica**

El principio dispositivo nace en Italia durante la Edad Media, asentándose a lo largo del S.XIX a través de la corriente filosófico-política del liberalismo. Con la Revolución Francesa se produce un fenómeno de gran importancia, como fue la reacción contra el absolutismo imperante de la época, lo que provocó un ensalzamiento de la libertad individual pasando a ser el ciudadano, centro absoluto. De esta forma surge la concepción en la que se prohíbe al Estado la intromisión en la vida privada de los ciudadanos, ya que se entiende que éstos son los únicos dueños de su esfera privada quedando la intervención del Estado solo cuando se trate de asuntos públicos. Se limitan las facultades de actuación al juez, y se le convierte en mero vigilante de la ley se ejecute. Aquí se erige la idea y la concepción del proceso civil como un proceso en el que las partes son las únicas protagonistas pues son sus intereses los que están en juego. Se funden en uno tanto la pretensión

de las partes como el fin último del proceso civil, convirtiéndose en un proceso exclusivamente privado. Los códigos comienzan a recoger estas ideas y convierten al juez en espectador de la contienda, haciéndole tomar una actitud pasiva dentro del proceso.

A finales del S.XIX se vivió un cambio que pasó a denominarse y conocerse como la ‘democratización del proceso civil’, a través del cual la concepción del proceso pasó a ser la de ‘institución de bienestar social’, en el sentido de que el juez pasa a convertirse en parte activa del proceso. De esta forma colabora con las partes en la búsqueda de la verdad, lo que no implica que se pase a una concepción inquisitoria sino que tiene lugar un mayor acercamiento entre partes y juez, a fin de afrontar mejor forma de resolver el proceso. También denominado este cambio como la ‘socialización del proceso’, para FERNÁNDEZ LÓPEZ “obedece a un cambio de percepción de la función que cumple el proceso. Éste ya no es visto únicamente como instrumento para resolver las contiendas que se producen entre los particulares, sino que, además, se tiene en cuenta que se trata también de una vía a través de la cual el Estado ejerce una función pública”<sup>57</sup>. Este cambio vino como consecuencia de la promulgación del Código Austríaco que entró en vigor el 1 de enero de 1895, que tuvo a FRANZ KLEIN como propulsor de su inspiración ideológica. Lo que hizo fue convertir al juez en un guía y en un impulsor del proceso, haciéndole abandonar la actitud pasiva arrastrada de otros tiempos, para darle carácter activo y servir de ayuda a las partes. Para GUASP fue una “feliz fusión del principio dispositivo y del inquisitivo u oficial”<sup>58</sup>. Como recoge MONTERO AROCA, las bases ideológicas en las que se

---

<sup>57</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, Ed. La Ley, Madrid, 2006, pág.59.

<sup>58</sup> GUASP, J., *El juez y los hechos*, Ed. Bosch, Barcelona, 1943, pág. 130. Para el autor tal y como señala, “tampoco es cierto que el Estado carezca de todo interés en que en un litigio figuren los hechos de un modo que corresponda a la realidad; éste es, por el contrario, el único interés con relación a tales hechos que el Estado tiene, no el de que triunfe la pretensión de A o de B”, pág. 57. De ahí que el Estado sí tiene interés en el proceso, en la verdad del mismo y en que ya no solo tiene un carácter privado.

basó el legislador austríaco fueron dos: por un lado, la idea de que el proceso es un mal que implica pérdida de tiempo, dinero y supone el enfrentamiento de varias partes; y por otro lado, que la paralización de los bienes inmersos en el proceso afectan a la economía nacional por lo que debe ponerse fin al proceso cuanto antes, y para que pueda ser así el juez no puede solo juzgar, sino que tiene que actuar, debe ser ‘gestor del proceso, dotado de grandes poderes discrecionales’<sup>59</sup>. Para KLEIN, con este cambio se corrían riesgos como la posible aparición de ‘autoritarismos, arbitrios, abusos’<sup>60</sup>, por lo que debía ser estrictamente regulada. Pero era necesario porque se había llegado antes del cambio a una teoría deportiva del justicia<sup>61</sup>, en la que el juez desempeñaba el papel de puro árbitro dentro del proceso -asemejado a una competición deportiva- que lo ‘único que hacía era observar que se cumpliesen las reglas del juego. En la misma línea, DEVIS ECHANDÍA considera que el juez “queda convertido en una especie de árbitro de una pelea de boxeo”<sup>62</sup>. El exceso de esta pasividad fue la que comenzó a gestar la necesidad de un cambio de actitud en el juzgador, al entenderse que no era la concepción más adecuada para un proceso. FRANZ KLEIN en su reforma del Código Austríaco de 1895 lo que propuso fue que, conservando el modelo dispositivo, se introdujesen unos retoques al principio de aportación en beneficio de la investigación, permitiendo al juez proponer de oficio medios con el fin de descubrir la auténtica relación jurídico-material debatida. “El juez civil puede disponer de oficio no solo la apertura del proceso a prueba si existen unos hechos controvertidos, sino también la práctica de algún medio

---

<sup>59</sup> MONTERO AROCA, J., *El nuevo proceso civil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág.58

<sup>60</sup> FAIRÉN GUILLÉN, V., *Estudios de Derecho Procesal*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid. 1955, pág. 316. A lo largo de toda esta obra el autor realiza un amplio análisis a las teorías de Franz Klein, lo que permite acercarnos al pensamiento e innovaciones de este autor, clave no solo para Austria, sino para el panorama procesal internacional.

<sup>61</sup> SCOTT, A.W. ‘Sporting theory’, *“Pound’s Influence on Civil Procedure”*, Harvard Law Review, pag.1568. Citado por CAPPELLETTI, M., en *‘La oralidad y las pruebas del proceso civil*, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1972, pág. 72.

<sup>62</sup> DEVIS ECHANDÍA, H., “La iniciativa del juez civil en el proceso contemporáneo”, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, nº4, 1967.



probatorio pertinente y útil, así como intervenir en ella ejercitando su derecho a formular preguntas y cumpliendo su obligación de discutir con las partes, testigos y peritos el tema de la prueba propuesta por las partes. Y es que en un proceso civil moderno de lo que se trata es de otorgar la razón a quien la tiene dentro y fuera del proceso, para lo cual hay que dotar al juzgador de facultades que le permitan descubrir la relación jurídico-material debatida”<sup>63</sup>. CAPPELLETTI analizó la postura del juez dentro del proceso civil entendido como ‘Institución de bienestar’ (Wohlfahrtseinrichtung), perfilando cual debía ser la actitud del juez contemporáneo exponiendo que “la función del juez deja de ser la de un árbitro apartado, que sin intervenir nunca en la conducción del proceso, se limita a pronunciar la propia decisión al final del “duelo jurídico de las partes”. El juez asume en esta concepción un cometido de guía y de propulsión procesal, no solamente técnica y formal, sino material. Él asume un cometido activo y asistencial de cara a las partes, discutiendo con ellas la mejor formulación de la demanda y las excepciones, colaborando con ellas en la búsqueda de la verdad, y en suma, actuando a fin de que la victoria sea de la parte que efectivamente tenga razón, y no de aquella que sepa prevalecer en virtud de la propia mayor fuerza económica o por la mayor habilidad propia o del defensor”<sup>64</sup>. Con esta postura no quiere decirse que sea el juez el que vaya a encargarse por entero del material probatorio, pues sería acudir al otro extremo sino una colaboración entendemos ya no con las partes, sino con él mismo para poder intentar llegar a la verdad, y de esta forma contribuir a una mejor Justicia. Por eso no decimos colaborar con las partes para evitar que pueda parecer que el Juez, ofreciese una ayuda que no debe realizar, ya que no debe suplir su necesaria actividad probatoria, ni su igualdad, ni quizá mostrarse más atento con una de ellas.

---

<sup>63</sup> FAIRÉN GUILLÉN, V., ob cit., pág. 317.

<sup>64</sup> CAPPELLETTI, M., Ob cit. pág. 79.

Para llevar a cabo la socialización del proceso era fundamental contar con un juez honesto y diligente, con el que no tuvieran lugar los abusos de los que prevenía KLEIN. Como señala CAPPELLETTI “el análisis de los problemas de la justicia conduce a los hombres que la administran”<sup>65</sup>, y puesto que la Justicia se compone de actuaciones humanas, cuando hay algo que falla es claro que se debe comenzar revisando a las personas que han intervenido, que a nuestro juicio no solo se trata de analizar a los juzgadores. El cambio realmente trascendente que tuvo lugar es que poco a poco, se va a reconocer al Estado un interés en la buena justicia lo que hará desaparecer por tanto la figura del juez guardián del liberalismo, para dar paso a un juez con más compromiso y participación social. Se distingue por primera vez entre el fin del proceso, y el fin que persiguen las partes, que ya no será el mismo. Por un lado, el fin de las partes se entiende que será encontrar una solución a la contienda planteada, por lo que existe un fin privado basado en unos intereses privados, que es terminar con los hechos que se encuentran en conflicto. Por otro lado, se va a tener conciencia de un fin público del proceso, configurado como la recta aplicación de la ley para lograr una sentencia justa y ajustada a Derecho, que trascenderá a toda la sociedad. El buen desarrollo del proceso ya no solo tendrá importancia para las partes implicadas, sino que, traspasará las fronteras de lo particular hacia la generalidad, que es la sociedad entera. Este cambio de concepción del proceso es de relevante importancia para lo que atañe a este estudio, porque es una de las claves que a nuestra opinión hacen que la iniciativa probatoria de oficio deba ser regulada y establecida en nuestro ordenamiento.

En cuanto a los principios rectores del proceso, señala algún sector que el fundamento del principio dispositivo podemos encontrarlo en el art. 33

---

<sup>65</sup> CAPPELLETTI, M., ob cit., pág. 81.

de nuestro texto constitucional en el que se reconoce constitucionalmente la propiedad privada, y en el reconocimiento constitucional del art. 38 de la libertad de empresa. Lo que se deduce de estos artículos es una amplia autonomía de la voluntad a las partes a la hora de realizar cualquier tipo de actuación, que se traduce en un gran margen de iniciativa<sup>66</sup> por ejemplo, la de iniciar un proceso. Para FERNÁNDEZ LÓPEZ, el reconocimiento del derecho a la propiedad privada se trata de “un poder que permite crear, modificar o extinguir las relaciones jurídicas, así como reglamentar las relaciones creadas, modificadas o extinguidas, y concede a los titulares de derechos subjetivos la libertad de acudir o no a los tribunales en caso de conflicto, así como para ponerle fin”<sup>67</sup>. Por otra parte se encuentran autores que localizan el fundamento del principio dispositivo no en la Constitución, sino en el derecho material que afecte en concreto a cada proceso. Para CORTÉS DOMÍNGUEZ, la promulgación de la Constitución Española en 1978 hizo que se entendiese el proceso como un mecanismo al servicio de los ciudadanos, en lugar de la concepción que se venía teniendo de entenderlo con una visión procesal concentrada en una pura actividad jurisdiccional y nada más. A partir de la Constitución, el proceso aparecerá como un mecanismo de tutela jurídica de los ciudadanos más que, como un instrumento a través del cual se desarrolla una función estatal<sup>68</sup>. A través de este Derecho material se regulan situaciones abstractas que dejan de serlo cuando las partes acuden al proceso, pues tiene lugar entonces una concreción de ese derecho material aplicable. Aún así, frente a situaciones jurídicas a las que se aplica la misma norma el juez será el único que podrá diferenciar cada caso individualizadamente, ya que las partes serán distintas y por tanto, dentro de una misma situación podrán tener lugar numerosas variantes de forma, pues cada caso es realmente

---

<sup>66</sup> PICÓ I JUNOY, J., *Los principios del proceso civil*, Ed. Difusión Jurídica. Barcelona, 2000, pág. 30.

<sup>67</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *La práctica de la prueba en la práctica judicial civil*, Ed. La Ley, Madrid, 2006, pág. 58.

<sup>68</sup> CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Y MORENO CATENA, V., *Introducción al Derecho Procesal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2004, pág. 22.

único. El juez debe tener en una mano la ley, y en la otra su propio juicio. La actuación de la ley será la función pública del proceso y ese será el verdadero fin del mismo, y no solo la defensa de los derechos subjetivos de los particulares que acuden a él. En el proceso habrá por tanto una actuación de la ley, pero igualmente una producción por parte del juez; el oficio del juez no es llevar a cabo solo un silogismo, sino que supone dictar una sentencia que se diferencia de la Ley en que no es una norma en abstracto, sino que concretiza la voluntad del legislador<sup>69</sup>.

El principio de aportación de parte (*Verhandlungsmaxime*), fue un término acuñado por GÖNNER en 1801 con el que se establece que las partes tienen el dominio sobre el material procesal<sup>70</sup>, además de ser ellas las encargadas de introducir los hechos a través de la demanda y su contestación, en virtud del principio dispositivo. El principio de aportación de parte se asentaba en el brocardo ‘iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium’, por el cual las partes son las encargadas de la proposición de la práctica de la prueba estableciendo los límites, pues el juez no puede mandar ejecutar un medio de prueba no propuesto por alguna de las partes. Así es como se ha recogido y se sigue entendiendo por una parte de la doctrina, que limita el principio de aportación a las partes y por eso lo señalan como ‘de parte’, cuando nosotros preferimos eliminar el ‘de parte’ para no dejar fuera la actuación del juzgador. Queremos señalar también que a raíz de una publicación que posteriormente comentaremos, este brocardo ha resultado ser transmitido de forma errónea que es tal y como hemos nosotros plasmado en las líneas anteriores, pero hemos considerado dejarlo en un primer momento de la forma exacta en como se ha transmitido, para no alterar la evolución

---

<sup>69</sup> CHIOVENDA. G., *La Ley y el oficio del juez*, Leipzig 1885.págs. 95 y 99.

<sup>70</sup> CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., GIMENO SENDRA, V., y MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Civil*, Ed. Cóllex, 3ªEd, Madrid, 2000, pág. 25.

histórica y poder posteriormente ver que es lo que no se ajusta respecto a su origen.

El proceso civil por tanto sienta su base en el principio dispositivo, que debe regir y guiar todo su inicio, desarrollo y término, estableciendo que las partes serán las dueñas del mismo como máxima inicial; “el principio dispositivo consiste en que las partes poseen dominio completo tanto sobre su derecho sustantivo como sobre los derechos procesales implícitos en el juicio, en el sentido de que son libres de ejercitarlos o no”<sup>71</sup>. Las manifestaciones de este principio, entendemos que son fundamentalmente cuatro. La primera es aquella en virtud de la cual, las partes son libres de acudir a la vía judicial para encontrar solución a sus conflictos. La segunda se refiere a que las partes son las encargadas de introducir los hechos de controversia y de formular sus pretensiones fijando el objeto del proceso, lo que hace obligatoria a la tercera manifestación que es la necesidad de congruencia en la sentencia, es decir, que el juzgador se ajuste en su resolución a lo pedido por las partes. La cuarta y última es que asimismo las partes, podrán ponerle fin en cualquier momento, sin necesidad de acuerdo por parte del órgano judicial para darle término, sino que será voluntad exclusiva de los litigantes. De esta forma, el proceso se inicia por la demanda presentada por una de las partes, tal y como establece el art. 399.1, “el juicio principiará por demanda”, en la que el demandante libremente acude al proceso introduciendo los hechos que serán objeto del debate, fija sus pretensiones y después se propone prueba sobre los mismos.

Este principio rige indiscutiblemente junto con el principio de aportación, que generalmente se completa con *de parte*, siendo el que

---

<sup>71</sup> GÓMEZ ORBANEJA, E.,, pág. *Derecho Procesal*, Vol I, Artes gráficas y ediciones, S.A., Madrid, 1951, pág. 223.

establece que sobre las partes recae la carga de probar los hechos, y de convencer al juez de su postura. Por otro lado, el principio de aportación a lo que hace referencia es, a quien corresponde el hecho de proporcionar los medios de prueba sobre esos hechos. Esto puede variar de mayor a menor medida según sea una legislación en la cual las partes son las únicas encargadas de tal misión, o puede que sea el juez exclusivamente el que las introduzca, encontrándonos entonces ante un proceso denominado inquisitivo<sup>72</sup>, o bien sea una función mixta compartida por juez y partes. La tendencia que la doctrina ha ido tomando durante el S.XX ha sido la de otorgar más poderes al juez en materia probatoria, en consonancia con la ‘socialización del proceso’ como vimos con anterioridad. Todo ello a raíz de la superación de la concepción privatista del proceso civil, para dejar entrever que la sentencia que será la consecuencia última del mismo, tiene relevancia de interés público. De esta forma las partes son las dueñas de la fijación del objeto del proceso, pero no lo serán del desarrollo del proceso en sí mismo, pues el Estado lleva a cabo esa función pública, y de ahí la necesidad de que cuente con los medios adecuados. Nuestro ordenamiento, con la LEC no ha atribuido mayores iniciativas en materia probatoria al órgano juzgador sino todo lo contrario como veremos, volviendo a dar todo el protagonismo a las partes en la proposición de pruebas. En la anterior legislación de 1881, la excepción al principio de aportación ‘de parte’ venía dada por las antiguas diligencias para mejor proveer, hoy derogadas, que permitían al juez acordar pruebas de oficio. Para los autores MORENO CATENA Y CORTÉS DOMÍNGUEZ, la doctrina ha puesto de manifiesto de forma reiterada que la esencia del principio dispositivo no se corresponde exactamente con el hecho de que recae sobre las partes la carga de probar los hechos, que es como

---

<sup>72</sup> GUASP, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Editor M. Aguilar, Madrid, 1943, pág. 293. Para el autor “la confusión entre sujeto activo y destinatario de la prueba ha llevado a construir, como una categoría distinta a la probatoria, a la de investigación. Pero cabe salvar la objeción teniendo presente que instar la práctica de una prueba no quiere decir proporcionar la prueba uno mismo; esto no es misión del sujeto activo de la prueba, sino del medio de prueba”.

equivocadamente se ha entendido en nuestro ordenamiento, sino que, eso obedece al principio de aportación de parte. Señalan que el pensar que las partes son las dueñas de la prueba a través de un mal entendimiento del principio dispositivo, las va a convertir no solo en dueñas del objeto procesal, sino del proceso mismo. Una cosa es aportar los hechos, y otra será probarlos<sup>73</sup>.

Por todo esto vemos que existen dos posibles concepciones del proceso civil: una liberalista, donde el juez adopta una posición neutral frente a las partes; y por otro lado, una concepción publicista donde se propugna un papel activo del juez que junto con las partes, va a tratar de encontrar la verdad. Un sistema de postura pasiva del juez, frente a otro sistema donde su actitud será más activa. La jurisprudencia en Sentencia de 14 de noviembre de 1994<sup>74</sup> estableció que “el principio dispositivo en su vertiente procesal, que constituye uno de los principios esenciales del proceso civil, viene a negar la tesis del recurrente según la cual el derecho a obtener la tutela efectiva -art. 24 C.E- comportaría el deber de averiguar la verdad material, disponiendo el juez de oficio cuantas pruebas sirvan a ese objetivo, pues el art. 24 CE eleva a rango constitucional el derecho a la tutela jurisdiccional y otras garantías procesales, pero no instaura un modelo inquisitivo de proceso civil”. Vuelven a confundirse a nuestro juicio los principios dispositivo y de aportación, incluyendo dentro del dispositivo lo relativo a la aportación de pruebas al proceso, cuando nosotros entendemos que es necesario el análisis de ambos principios por separado. Esta sentencia deja claro que la labor del juez no es

---

<sup>73</sup> MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Civil. Parte General*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pag. 214. Recogen asimismo que la aplicación del principio de aportación de parte “se hace de forma muchas veces exagerada y extralimitada en el proceso de tipo dispositivo. Si la doctrina ha estado de acuerdo en afirmar que si bien la naturaleza del derecho dispositivo impone un proceso en el que domine el principio de la demanda en donde sean las partes quienes aporten en exclusiva el materia de hecho y propongan en exclusiva los términos concretos del debate, esa naturaleza dispositiva no impone que el juez quede totalmente maniatado en el amplio campo de los actos probatorios”, pág. 186.

<sup>74</sup> Recogida por GIMENO SENDRA, V., *Práctica Procesal Civil*, Tomo III, Ed La Ley, Madrid, 2001, pág. 156.

la búsqueda de la verdad dándole la posibilidad de introducir pruebas de oficio, porque de ser así, reflejaría otro modelo de proceso que sería el inquisitivo que a día de hoy nuestro ordenamiento ha querido dejar fuera del campo civil. No compartimos esta idea ya que el otorgar al juez la posibilidad de acordar pruebas de oficio, bien delimitada, no supone un modelo inquisitivo sino mixto, en el que tanto las partes como el juez pueden proponer prueba, cada uno en su momento procesal oportuno. Además, que entendemos que la introducción de pruebas al proceso viene marcada por el principio de aportación, y no por el dispositivo que se manifiesta en los cuatro aspectos antes señalados. Puede hacer referencia esa aportación, tanto a pruebas traídas al proceso por las partes como a pruebas acordadas de oficio, dependiendo de cómo la legislación lo quiera configurar.

### **1.3. Estudio del brocardo ‘iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam’**

Es interesante antes de continuar con la exposición de los principios inspiradores de nuestro proceso, hacer una parada para comprobar el verdadero significado del brocardo “iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam”, gracias al trabajo de investigación recientemente publicado por PICÓ I JUNOY.

En el año 2007 PICÓ I JUNOY hizo público un revelador estudio<sup>75</sup>, mediante el cual vino a demostrar cómo a lo largo de los siglos dicho brocardo ha ido transformándose erróneamente, respecto su redacción original. La mención a dicho trabajo se hace indispensable puesto que, una de las razones en las un sector de la doctrina suele ampararse al defender que la

---

<sup>75</sup> PICÓ I JUNOY, J., *El juez y la prueba. Estudio de la errónea recepción del brocardo “iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam”, y su repercusión actual*, Ed. J.M Bosch Editor, 1ª edición, Barcelona, 2007.



aportación de pruebas es exclusiva de las partes, es precisamente la tradición histórica basada en dicho brocardo para configurar el principio ‘de aportación de parte’. Si atendemos al brocardo tal y como ha llegado a nuestros días, esto es “*iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium*”, la alusión al término *partium* o *partibus*, ya que ambos se utilizan indistintamente por los autores, es clave para darle ese sentido de exclusividad a las partes en materia probatoria, y que en realidad lo que ha hecho es transformar totalmente el sentido que tuvo en su origen, que era una idea muy distinta.

El estudio de PICÓ I JUNOY realiza un análisis desde la aparición por primera vez del brocardo en la Escuela de Bolonia, pasando por el momento en el que tiene lugar el cambio de su redacción, y el como finalmente se asentó en nuestra doctrina. Para el autor este cambio es de importante trascendencia, puesto que se ha añadido una palabra y se ha eliminado su segunda parte, lo que hace que realmente tenga poco que ver con lo que en su momento pretendió la redacción original.

El nacimiento del brocardo tiene lugar en la Escuela de Bolonia en el S. XIII de la mano de autores como AZÓN, ACCURSIO y DURATI, encargados de glosar el Digesto. En ese momento, el brocardo con su enunciado correcto era: “*iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*”, que venía a establecer que el juez a la hora de elaborar su sentencia solo debía tener en cuenta los hechos alegados y probados, y no hacer uso de su posible conocimiento personal. Es decir, lo que hacía era establecer los límites a los que debía sujetarse el juzgador en su fallo. Como señala el autor, “el brocardo no tiene por objeto indicar la mayor o menor facultad de iniciativa probatoria del juez, sino la imposibilidad del

conocimiento privado del juez y la congruencia de la sentencia”<sup>76</sup>. Pretende que el juez se atenga a los hechos alegados por las partes únicamente, y procure que la sentencia que establezca sea acorde con ellos y con las pretensiones de las partes. Con el paso del tiempo llega con su significado correcto hasta la segunda mitad del S. XIX, donde se producirá en Alemania el primer cambio de la mano de WACH, HELLWIG y SCHMIDT, a los que seguirán GOLDSCHMIDT, ROSENBERG, BLOMEYER y otros muchos, los cuales introducen la palabra ‘partium’, para justificar que el juez no puede tener iniciativa probatoria, pues le corresponde únicamente a las partes. De esta forma, se produce la primera transformación en la escritura del brocardo, que de esta forma se extenderá hasta Italia, donde en el mismo momento histórico CHIOVENDA por influencia alemana, lo escribe de manera incorrecta con el término ‘partium’ también, pero curiosamente como señala el autor mantiene el significado correcto, es decir, pese a estar transcrito erróneamente, CHIOVENDA lo aplica a que el juez solo debe basarse en los hechos introducidos por las partes y nunca introducir su conocimiento privado, que es lo que pretendió efectivamente establecer. En España también se dará el cambio de significado al estar gran parte de la doctrina influenciada por el procesalismo alemán e italiano. En nuestro país parte de la doctrina lo mantendrá en su correcta redacción y sentido, y otra parte lo modificará pasando con los años ha adquirir el significado incorrecto, debido a la introducción del término ‘partium’, y a la eliminación de la frase tras la coma “non secundum conscientiam”. El autor señala numerosos autores no solo dentro de nuestro país sino igualmente en el extranjero, que en sus estudios comenzarán a basar en dicho brocardo, la justificación de la imposibilidad de otorgar iniciativa probatoria de oficio al juzgador. En Francia los autores BORDEAUX, GLASSON y GARSONNET acogerán correctamente el brocardo con su significado original de que el juez debe limitarse a los hechos alegados por

---

<sup>76</sup> PICÓ I JUNOY, J., Ob. cit, pág. 24.

las partes exclusivamente. Quizá sea como señala PICÓ I JUNOY, la razón por la cual en países como Italia, Francia, Bélgica, Suiza y Portugal se acogen iniciativas probatorias por parte del órgano.

Esta evolución de su escritura ha llegado hasta nuestros días, de tal manera que, la propia LEC toma influencia del mismo para plasmar el art. 216 que veremos en páginas posteriores, para establecer la total vinculación que tiene el juez a los hechos introducidos por la partes, y la imposibilidad de practicar pruebas de oficio salvo casos expresamente previstos en la ley. Para el autor lo primero es correcto, pero lo segundo no tiene justificación histórica puesto que, como ha venido explicando se ha debido a una mala transcripción del brocardo en el siglo XIX. Igualmente señala que “el principio dispositivo no puede discutirse, pero el de aportación de parte puede variar de concepciones y puede incrementarse los poderes del juez, o al contrario”<sup>77</sup>. Gracias a este estudio se comprueba que no puede seguir basándose, salvo otro estudio que demuestre lo contrario, que en el proceso la iniciativa probatoria la tienen únicamente las partes en virtud del brocardo (mal transcrito), puesto que no se corresponde ciertamente a ninguno, puesto que no existe. En nuestra opinión, el estudio es de una trascendencia importantísima ya que supone que no existe tradición jurídica alguna que limite los poderes del juez dentro del campo probatorio, haciendo que sean solo las partes las que deban aportarlo. Es como si se empezase de alguna manera desde cero, marcando las pautas de actuación de las partes intervinientes en el proceso sin una sujeción histórica, puesto que el brocardo tal y como se recoge en numerosas publicaciones, no existe. Por eso entendemos que es necesario alabar dicho trabajo, que por otra parte aparece documentado de manera muy amplia, y que en nuestra opinión marca una obligada reflexión dentro de las teorías del derecho procesal civil. Así lo

---

<sup>77</sup> PICÓ I JUNOY, J., ob cit., Pág. 102.

entendemos, ya que no puede seguir defendiéndose que la aportación de las pruebas sea solo cuestión de las partes con base en este brocardo, lo que supone a su vez un cambio en la mentalidad jurídica que descubre como algo a lo que se había acogido, no ha sido más que un error lingüístico y en consecuencia semántico. Termina con este estudio una de las herencias latinas más repetidas en los manuales procesales, y abre la vía a una transformación quizá a la hora de abordar el debate de la iniciativa probatoria de oficio. La aportación de prueba por consiguiente no puede estar restringida a las partes mediante dicho brocardo; cuestión distinta es como cada legislación procesal quiera regularla, es decir, le otorgue un margen de actuación al juzgador mayor o menor o ni siquiera darlo, pero lo importante es que no existe ningún principio histórico que lo limite.

#### **1.4. Los principios en la nueva LEC**

La LEC opta por una solución transaccional<sup>78</sup> en la que hay un reflejo del principio de aportación de parte de tendencia liberal, en los arts. 216 y 282, pero dejando entrever una tendencia publicista con el art. 282, donde señala que el juez podrá acordar de oficio determinadas pruebas cuando así lo recoja la Ley. La balanza se inclina indudablemente a favor de la postura liberal que tiene mucho mayor peso en nuestro ordenamiento, y como se verá a través de estas páginas la actuación del juez, es decir la tendencia publicista, está casi completamente desplazada. El juez tiene el poder absoluto sobre la admisión o inadmisión de las pruebas propuestas por las partes, condicionada a su utilidad, pertinencia y legalidad, pero no podrá practicar alguna no propuesta por éstas. Aquí radica la diferencia entre el proceso civil y el proceso penal, pues en el civil las partes aportan la prueba en la que se basará

---

<sup>78</sup> PICÓ I JUNOY, J., Y ABEL LLUCH, X., ob cit, pág. 33.

única y exclusivamente el juez para tomar su decisión<sup>79</sup>, mientras que en el proceso penal el juez instructor sale a la búsqueda de oficio de esas pruebas participando activamente. De ahí viene que parezca que la búsqueda de la verdad en la prueba civil sea una función lejana, ya que los hechos serán solo los afirmados por las partes al igual que los medios de prueba para verificarlos, por lo que parece que la verdad está fuera del alcance de la prueba procesal; para GORPHE “las pruebas aducidas deben ser lo bastante completas para permitir la reconstrucción de los hechos”<sup>80</sup>. No obstante conviene no mezclar de nuevo hechos y pruebas, que son dos conceptos claramente distintos. Los hechos son exclusivamente de las partes, las pruebas pueden ser compartidas. La ley regulará los medios de prueba a través de los cuales el juzgador puede llegar a la verificación de los hechos, y con los que nada impide que llegue por tanto a la verdad, que por otra parte debería ser lo normal puesto que es la finalidad que se persigue con la intervención judicial. Para MIGUEL Y ROMERO: “la prueba civil se considera completa desde que las partes se hallan conformes acerca del hecho, o una de ellas, ha hecho pasar su convicción al ánimo del juez”<sup>81</sup>. Ahora bien, aunque superada la distinción de verdades, lo cierto es que sigue la duda en el aire de si mediante este sistema probatorio llegamos a la verdad real, del caso o nos quedaremos con una verdad ‘aparente’, entendida como la que se obtiene de tener únicamente en cuenta lo aportado y probado por las partes, que en algunos casos puede no ser la cierta.

El proceso civil que configura la nueva legislación viene estructurado a través de unos rasgos característicos, que podemos resumir de forma esquemática. La primera característica es que, el juez no puede ser quien se

---

<sup>79</sup> Señala COUTURE que “la prueba civil no es una averiguación; no le está confiada normalmente una misión de averiguación ni de investigación jurídica”. ob. cit., pág. 217.

<sup>80</sup> GORPHE, F., *De la apreciación de las pruebas*, Ed. Jurídicas Europa-América, Bosch y cia. Editores, Buenos Aires, 1950, pág. 471.

<sup>81</sup> MIGUEL Y ROMERO, M., *Derecho procesal civil*, Ed Andrés Martín, Valladolid 1931, pág. 257.

encargue de la misión de buscar los hechos objeto de la controversia, luego los no afirmados al menos por una de las partes, no existirán para él. La segunda determina que los hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la otra, o afirmados por las dos, existen para el juez y no podrán ser desconocidos en la sentencia. Y la última característica define la actividad probatoria no como investigadora, sino como verificadora. La investigación implicaría que el juez fuese quien trajese al proceso los hechos, y ese no es el supuesto que contempla nuestra legislación civil, sino que será facultad exclusiva de las partes realizar las afirmaciones sobre los hechos, y el juez debe limitarse a verificar dicha exactitud. Verificación que se realiza a través de las fuentes de prueba traídas por las partes, y no de las que pudiese disponer el juzgador. Para COUTURE el proceso tiene por finalidad “hacer cesar un conflicto, a través de un debate preordenado por el acto de una autoridad”<sup>82</sup>.

El Consejo General del Poder Judicial en su Informe al Anteproyecto de la LEC 2000<sup>83</sup>, se pronunció en el sentido de que el papel idóneo del juez en un proceso no debe ser nunca el de mero espectador sino el de director e impulsor. Este papel conlleva iniciativa propia a partir de un marco procesal que hayan delimitado las partes, y sobre todo, sobre lo que éstas aporten en relación con el material probatorio, tanto para conseguir su materialización efectiva como para completarlo en caso necesario. Para MONTERO AROCA hay que diferenciar entre atribuir al juez poderes procedimentales como pueden ser la apreciación de presupuestos procesales que faltan, o dar impulso de oficio al proceso, que no son más que ayudas al desarrollo del mismo, y otros distintos poderes como acordar medios de prueba de oficio, puesto que estos afectarían a la sentencia y por tanto se estaría acabando con la imparcialidad

---

<sup>82</sup> COUTURE, E.J., *Introduction à l'étude de la Procédure Civile*, Ed. Dalloz, París, 1950, pág. 51.

<sup>83</sup> Informes al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil realizados por el Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998, pág. 159.

del juez<sup>84</sup>. Entonces en Francia como veremos, que el juez puede acordar todas las pruebas de oficio que estime convenientes, la imparcialidad judicial queda en serias dudas, al igual que, y sin necesidad de irnos fuera de España, en el procedimiento laboral y en el contencioso-administrativo en el que se permiten las diligencias para mejor proveer. Para GUASP por el contrario, “la intervención del juez en el proceso-aun con el carácter de investigador- no supone merma ni disminución alguna para las garantías del justiciable”<sup>85</sup>, opinión que venimos a respaldar puesto que entendemos que el juez debe intervenir activamente si así lo considera necesario para el esclarecimiento de los hechos, siempre y cuando esa actuación se le impongan unas limitaciones claras, y se desarrolle en un momento procesal adecuado.

En la LEC 2000, el artículo 282 establece la iniciativa probatoria declarando que serán las partes las encargadas de presentar el material probatorio, y que el tribunal solo en casos excepcionales podrá de oficio ordenar que se practiquen determinadas pruebas. Se establece, por tanto, una norma general con la que se impone a las partes la carga de la presentación de las pruebas, y una excepción por la que se autorizará en casos concretos que el órgano judicial intervenga cuando así lo establezca la propia Ley. La nueva Ley apuesta por el principio de aportación configurado atribuyendo a las partes la casi exclusiva potestad de presentación del material probatorio, y porque se basa en el carácter privado del interés de los particulares en el proceso. En comparación con la LECA 1881, la nueva LEC ha reducido totalmente los poderes del juez en materia probatoria, y así deja constancia en la Exposición de Motivos cuando en su apartado sexto dice que ‘no se entiende razonable que al órgano jurisdiccional le incumba investigar y comprobar la veracidad de los hechos alegados como configuradores de un

---

<sup>84</sup> MONTERO AROCA, J., ob. cit., pág. 59

<sup>85</sup> GUASP, J., ob. cit., pág. 317.

caso que pretendidamente requiere una respuesta de tutela conforme a derecho (...). Es a quien cree necesitar tutela a quien se atribuyen las cargas de pedirla, determinarla con suficiente precisión, alegar y probar los hechos y aducir los fundamentos jurídicos correspondientes a las pretensiones de aquella tutela’.

El art. 282 de la LEC va unido a su artículo 216 que establece el principio ‘de justicia rogada’ recogiendo: que “los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales”. Pero este principio es mencionado con anterioridad al articulado en la Exposición de Motivos dentro de su apartado VI, al decir que dicha Ley sigue inspirándose en el principio de justicia rogada o principio dispositivo. Luego, atendiendo a dicha Exposición de Motivos, el principio de justicia rogada y el principio dispositivo son lo mismo. El informe que elaboró el Consejo General del Poder Judicial para el Anteproyecto de LEC, ya señalaba que en la propia Exposición de Motivos podían quedar mezclados dichos principios al denominar ‘de justicia rogada o principio dispositivo’. Dicho informe expresa que no se deben “incluir las pretensiones dentro del principio de aportación, puesto que pertenece al principio dispositivo’. El artículo incluye en el principio dispositivo que la LEC denomina de ‘justicia rogada’ el principio de aportación, ya que, en lugar de solo decir que las partes a través del principio dispositivo serán las encargadas de llevar los hechos controvertidos a los tribunales, es decir, que serán ellas las que ‘dispongan’ libremente de sus derechos para acudir o no a la justicia, habla también en el mismo párrafo del artículo de que igualmente serán ellas las que introducirán las pruebas. De esta forma la Ley incluye en un mismo párrafo ambos principios sin diferenciarlos, de ahí que se diga que el principio de aportación está subsumido dentro del dispositivo. En la propia jurisprudencia aparece el



principio de rogación como algo distinto del dispositivo, en el cual debe integrarse tal y como establece la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1987, Sala Primera, [La Ley 53987-JF/0000], que expone “el proceso civil tiene como finalidad la actuación del ordenamiento jurídico privado, imperando el principio dispositivo, en el que ha de integrarse el de rogación; la puesta en marcha de la actividad jurisdiccional no se produce de oficio, sino que aparece entregada al titular del derecho sustantivo, que puede ejercitarlo o no en juicio (...)”. La sentencia que es de fecha anterior a la LEC, deja ver esa mezcla entre ambos principios que más tarde con la publicación de la misma, no se ha distinguido con claridad. Entendemos que en la Ley, el principio de justicia rogada es lo mismo que el principio dispositivo, en el que se incluye el principio de aportación limitada en este momento a las partes. Nosotros entendemos que el principio de justicia rogada se refiere al hecho de iniciar un proceso, de pedir Justicia, que por tanto se incluye dentro del principio dispositivo, y el principio de aportación independiente al dispositivo, pues éste a nuestro juicio no incluye las pruebas.

La discusión de la doctrina se centra en si el principio dispositivo y el principio de aportación de parte son independientes, o si uno subsume al otro, por lo que podemos encontrar tres posiciones doctrinales enfrentadas<sup>86</sup>:

1) Autores que defienden que el principio de aportación de parte forma parte del principio dispositivo, que aunque tiene contenido propio, no se hace distinción entre ambos (TAPIA FERNÁNDEZ, DE LA OLIVA SANTOS, MONTERO AROCA)<sup>87</sup>. El principio de aportación lo que hace es actuar como

---

<sup>86</sup> ABEL LLUCH, X., *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, Ed Bosch, Barcelona, 2005, pág. 54.

<sup>87</sup> TAPIA FERNÁNDEZ, I., *Lecciones de Derecho Procesal II*, Ed. Universitat de les Illes Balears, Palma, 2003, pág. 113, “porque como es sabido, el proceso civil se rige por el principio dispositivo y su complementario de aportación de parte”. DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, pág. 275, “cuando el proceso no entraña un predominante interés público o social (...), sino por el dispositivo....rige coherentemente y correlativamente al principio dispositivo o de justicia rogada, el también denominado principio de aportación de parte”. MONTERO

manifestación del principio dispositivo haciendo que las partes aleguen y fijen los hechos que les interesen, mientras que el principio dispositivo va más allá puesto que inspira la estructura contradictoria del proceso.

2) Autores que defienden una amplitud conceptual del principio de aportación de parte, incluyendo en él manifestaciones del principio dispositivo, como es fijar el objeto del proceso. (GARBERÍ LLOBREGAT, SEOANE SPIEGELBERG)<sup>88</sup>.

3) El tercer sector de pensamiento delimita ambos principios concediéndoles distinto contenido (GIMENO SENDRA, ABEL LLUCH, PICÓ I JUNOY, NOYA FERREIRO, GÓMEZ ORBANEJA)<sup>89</sup>.

Para PICÓ I JUNOY y ABEL LLUCH “el principio dispositivo se refiere al inicio del proceso, a la puesta en marcha de la maquinaria judicial para resolver los que son derechos privados de los particulares, derechos sobre los que no cabe duda, su poder es absoluto”<sup>90</sup>. Para GÓMEZ ORBANEJA “la primera y más genuina manifestación del principio *dispositivo* estriba en que sin demandante no hay proceso”<sup>91</sup> (la cursiva es nuestra). En virtud de ambos principios se estructura el proceso civil: la introducción de los hechos

---

AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional*, Ed. Bosch, Barcelona, pág. 325, “el principio dispositivo ha venido incluyendo dos principios distintos, el principio dispositivo en sentido estricto (...), y el de aportación de parte”.

<sup>88</sup> SEOANE SPIEGELBERG, J.L., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2002, pág. 21.

<sup>89</sup> ABEL LLUCH, X., y PICÓ I JUNOY, J., *Los poderes del juez en materia probatoria*, Ed. Bosch, Barcelona, 2003, pág. 20, para los que “el proceso civil se caracteriza por estar regido por el principio dispositivo (...), estrechamente relacionado con él pero conceptualmente diferenciados se encuentran los principios de demanda (rogación) y de aportación de parte”, incluyendo estos autores como independiente el principio de rogación, y no como sinónimo del principio dispositivo como lo expresa la LEC. GIMENO SENDRA, V., *Derecho procesal civil*, Ed. Colex, Madrid, 2007, pág. 42, “aunque la mayoría de la doctrina hispana ignore o confunda todavía el principio de aportación con el dispositivo, se trata de principios procesales autónomos..”. NOYA FERREIRO, M<sup>a</sup>.L., *Las diligencias finales en el proceso civil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 35, “resulta a nuestro juicio imprescindible la diferenciación entre ambos...”. GÓMEZ ORBANEJA, E., ob. cit., pág. 222, “generalmente se confunde el principio dispositivo con el principio de aportación de parte, aunque afines, tratase en rigor de cosas distintas”.

<sup>90</sup> PICÓ I JUNOY, J., y ABEL LLUCH, X., *Los poderes del juez civil en materia probatoria*, Ed. J.M Bosch, Barcelona, 2003, pág. 35.

<sup>91</sup> GÓMEZ ORBANEJA, E., ob. cit., pág. 191.

corresponde a las partes, y sólo a éstas pues de esta manera fijarán el objeto del proceso. Como señala ORMAZABAL SÁNCHEZ “no es lo mismo aportar las pruebas que aportar los hechos. Aportar los hechos en efecto, es tanto como delimitar el objeto procesal, el tema objeto del debate, es en definitiva, una manifestación procesal del poder de disposición sobre el derecho subjetivo”<sup>92</sup>. Como expone NOYA FERREIRO “para que un proceso pueda ser considerado como dispositivo, es suficiente con que se le reconozca a las partes la facultad exclusiva de iniciarlo y ponerle fin, fijando los términos del debate y limitándose el juez a dictar su resolución de acuerdo a las pretensiones que las partes le han formulado”<sup>93</sup>. De otra manera, el juez civil se convertiría en un juez inquisidor. El Tribunal Supremo recoge en Sentencia de 8 de febrero de 2000, Sala Primera, [La Ley 5652/2000], que “el juzgador debe evitar la tentación de convertirse en parte y que a través de su actuación procesal se dedique a investigar la realidad procesal supliendo la inactividad, pasividad, negligencia, descuido, error o impericia de las partes pues, se incurriría en un ejercicio abusivo de un medio procesal”. Para GÓMEZ ORBANEJA el principio de aportación de parte es aquel a través del cual, la ley encomienda la función de reunir y llevar al proceso todo el material de hecho a las partes, por lo que el juez quedará limitado a recibirlo y valorarlo. Solo podrán las partes en exclusiva ser las que aporten los hechos en los que se basará la relación jurídica objeto de debate. El juez solo podrá basar su decisión en esos hechos aportados por las partes, y en ningún caso podrá prescindir de los mismos.<sup>94</sup>

A nuestro juicio, ambos principios son independientes puesto que gozan de un contenido distinto y claramente diferenciado, por eso nos parece

---

<sup>92</sup> ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., *Introducción al Derecho Procesal*, 2ª Ed, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2004, pág. 149. Añade el autor que el principio dispositivo “no es sino el trasunto procesal de la disponibilidad sustantiva de lo derechos, o dicho de otra manera, es la consecuencia o reflejo necesario que provoca en el proceso, el reconocimiento de la autonomía de la voluntad respecto de los derechos subjetivos”, pág. 144.

<sup>93</sup> NOYA FERREIRO, M.L., *Las diligencias finales en el proceso civil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 37.

<sup>94</sup> GÓMEZ ORBANEJA, E, ob. cit., pág. 223.

que efectivamente el art. 216 de la LEC entremezcla esos contenidos generando confusión. Para nosotros el principio dispositivo es aquel mediante el cual, las partes pueden iniciar un proceso cuando así lo estimen oportuno, e igualmente darle fin en cualquier momento. Las partes son libres de reclamar o no judicialmente sus intereses privados, por lo que estará en sus manos el inicio de la actividad judicial de acuerdo a los aforismos *nemo iudex sine actore* y *ne procedat iudex ex officio*. Junto con este poder de disposición (iniciar o dar fin al proceso), a través de este principio las partes introducen los hechos controvertidos fijando el objeto del debate, y dan a conocer sus pretensiones. El juez deberá resolver, limitándose al campo introducido por la parte sin salir a la búsqueda de hechos distintos, pues podría vulnerar el requisito constitucional de la congruencia de la sentencia: *ne eat iudex ultra petita partium*. Donde realmente a nuestro juicio la LEC pone de manifiesto el principio dispositivo es en su art. 19.1, en el que se habla del ‘derecho de disposición de los litigantes’ los cuales están ‘facultados para disponer del objeto del juicio’.

Respecto al principio de aportación, debemos señalar que la raíz del problema entre la división de los dos principios, encontramos que se debe a la denominación de este principio y a su contenido. En cuanto a su *denominación*, porque el principio de aportación nos hace plantearnos qué se incluye en esta aportación, qué es lo que aportamos, y es ahí cuando empieza el problema. El principio de aportación debe hacer únicamente referencia a la prueba, y por tanto entendemos que tendría que denominarse *principio de aportación de prueba* para no dar lugar a dudas sobre el contenido que va a tener. Y el principio dispositivo debe referirse exclusivamente a la introducción de los hechos y de las pretensiones, englobando además el resto de manifestaciones que señalábamos con anterioridad. De esta forma, este principio siempre será de las partes, y en cambio el principio de aportación de

*prueba*, será según quiera establecer el legislador, solo de las partes, o de manera compartida entre las partes y el órgano juzgador. Además cabe señalar que en cuanto a su *contenido* este principio de aportación en numerosas ocasiones lleva el añadido de ‘de parte’, lo que inevitablemente hace aumentar la confusión al dar a entender que los hechos, las pretensiones y las pruebas son exclusivamente de las partes. Esto se ha convertido en uno de los argumentos usados por la postura contraria a la iniciativa probatoria de oficio, pues entienden que por tanto ésta vulnera el principio de aportación.

El art. 216 de la LEC al incluir en el llamado ‘principio de justicia rogada’ o dispositivo, que los hechos, las pretensiones y las pruebas deben ser traídas por las partes al proceso, lo que hace es que mezcla el contenido de ambos principios en uno solo, provocando por tanto que cualquier actividad del órgano en materia probatoria se considere una intromisión en los deberes de las partes.

Consideramos por tanto que el principio de aportación no debe matizarse en ningún caso con ‘de parte’, puesto que excluye la iniciativa probatoria de oficio, y deberíamos denominarlo *principio de aportación de prueba*, ya que de esta manera su contenido quedaría limitado en exclusiva a la introducción de pruebas, y además éstas podrían ser acordadas tanto por las partes, como por el órgano juzgador, considerándolo independiente de las manifestaciones del principio dispositivo. Por eso entendemos que el art. 216 supone una confusión puesto que engloba los hechos, las pretensiones y las pruebas como deber de las partes su aportación, mezclando ambos principios, cuando hechos y pretensiones pertenecen al dispositivo, y pruebas al de aportación.

## 1.5. Los principios en el Derecho Francés

Por su parte, el Código Procesal Francés de 1975 (en adelante NCPC), que como se anticipó en páginas anteriores iba a ser estudiado paralelamente a la LEC, deja claro en su comienzo que sólo las partes serán las encargadas de introducir la instancia, salvo casos donde la ley pueda disponer otra cosa. Y esto lo pone de manifiesto en su primer artículo<sup>95</sup>, al encargase de enunciar lo primero de todo, cuales van a ser los principios inspiradores del proceso, opción interesante que evita posibles confusiones posteriores.

En el NCPC francés se recoge esta misma necesidad de aportación de las partes, pero en tres artículos distintos. Así, el art. 4 establece que “l’objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties”, es decir, que el objeto del litigio estará determinado por las pretensiones de las partes, estableciendo el principio de inmutabilidad del objeto del litigio, con la consiguiente prohibición del juez de modificar dichos términos. Respecto a los hechos, el art. 6 recoge que “a l’appui de leurs prétentions, les parties ont la charge d’alleguer les faits propres à les fonder”, lo que implica que las partes serán las encargadas de introducir los hechos en los que van a intentar hacer valer sus pretensiones. Y por último el art. 9 será el que enuncie la obligatoriedad de que las partes deben probar los hechos que han llevado al proceso, con la finalidad de hacer valer sus pretensiones. Esto es “il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention”, que será completado dentro del Código de forma posterior, con el artículo que permite al juez también llevar a cabo la realización de pruebas. Parece una buena manera de establecer estas tres aportaciones de las partes, ya que además la explicación del Código resulta

---

<sup>95</sup> Art.1 Nouveau Code de Procédure Civile : “Seules les parties introduisent l’instance, hors le cas où la loi en dispose autrement”.

correlativa: primero los hechos, segundo las pretensiones, y por último las pruebas para hacerlas valer.

El NCPC francés, al igual que la legislación española recoge los principios sobre la aportación de las pruebas, estableciendo a quién le corresponde esa función. El art. 9 visto con anterioridad, establece que serán las partes a las que les incumba la ‘producción’ de sus medios de prueba, pero eso no va a desplazar la labor del juez en esta materia, sino que él tomará igualmente parte, como por ejemplo pidiéndole a las partes las explicaciones que crea necesarias sobre los hechos, tal y como establece el art. 8 del Código francés. De esta forma, se mantiene al juez activo, y todavía de una manera más amplia gracias al art. 10 que le concede la posibilidad al juez de ordenar de oficio todas las pruebas que considere oportunas y sean legalmente admisibles; “le juge a le pouvoir d’ordonner d’office toutes les mesures d’instruction légalement admissibles”. Esto desde luego supone frente al sistema español una clara diferencia, puesto que el sistema francés establece sin rodeos que el juez puede solicitar todas las pruebas que bajo su estimación, crea que le van a ayudar a aclarar los hechos controvertidos, con la única sujeción de que la ley las permita. El Derecho Procesal francés ha visto un incremento de los poderes del juez, en consonancia con el espíritu procesal que poco a poco ha apostado por una mayor intervención del juez, como garantía de una mejor solución al litigio. Este art. 10 hay que ponerlo en relación con el art. 143 NCPC, con el que se inagura el capítulo dedicado a las ‘mesures d’instruction’, que como expone son las pruebas sobre los hechos de los que depende el litigio, y que por consiguiente podrán solicitar tanto las partes como articularlas el propio juzgador<sup>96</sup>. Además, el art. 144 establece que, “les mesures d’instruction peuvent éter ordonnées en tout état de

---

<sup>96</sup> Art. 143 NCPC: “Les faits dont dépend la solution du litige peuvent, á la demande des parties ou d’office, étre l’objet de toute mesure d’instruction légalement admissible”.

cause...”, es decir, admite que puedan ser ordenadas en todo momento del pleito en el que se entienda que son necesarias. Esto es claramente una manifestación del cambio hacia un carácter del proceso más inquisitivo, donde al juez se le ofrecen más medios para lograr la verdad y para que se abandone la imagen de un ‘juez soñoliento’<sup>97</sup>. El art. 8 del NCPC permite igualmente como lo hace el art. 306.2 de la LEC, que el juez pueda a partir del interrogatorio de las partes, realizar las preguntas que crea convenientes para aclarar determinados puntos “...e intentar penetrar en las zonas oscuras de los hechos que las partes tratan de ocultar por su propio interés, por malicia o deslealtad”<sup>98</sup>.

Por una parte nos encontramos en el NCPC con la posibilidad de pedir aclaraciones, y que el juez pueda de oficio solicitar cualquier prueba que estime oportuna; pero va a recoger también lo que se denomina ‘production forcée’, mediante la cual el juzgador podrá cuando se lo pida una de las partes, obligar a la otra a traer una prueba al proceso que está reteniendo<sup>99</sup>. Se plasma en el art. 11 que “les parties sont tenues d’apporter leur concours aux mesures d’instruction sauf au juge á tirer toute conséquence d’une abstention ou d’un refus”. En esta primera parte del artículo lo que se establece es que, las partes están obligadas a concurrir con las pruebas que les sean solicitadas, y el juez será el responsable de valorar las consecuencias que pueda tener el que se traigan al proceso pruebas que en principio la parte ha rechazado aportar. Esta parte del artículo podría decirse que lo que hace es a modo de inicial advertencia dejar claro a las partes qué están obligadas a esa aportación, para en el segundo párrafo, solucionar el caso en el que la parte se

---

<sup>97</sup> BLANC, E., *Nouveau Code de Procédure Civile commenté dans l’ordre des articles*, Librairie du journal des notaires et des avocats, París, pág. 19.

<sup>98</sup> BLANC, E., ob, cit., pág. 19

<sup>99</sup> Esta ‘production forcée’ tiene su origen en el derecho romano en una acción denominada ‘ad exhibendum’ que permitía obligar a las personas a *exhibir* ante la Justicia objetos o documentos que podían servir como prueba en un proceso.



niegue a aportar una prueba solicitada por la otra. Esto es, cuando una parte solicita de la otra una determinada prueba y ésta, no la aporta, la que la ha solicitado puede acudir al juez para que éste, que sí tiene potestad para hacerlo y solo él, obligue a esa parte que no colabora, a que lo haga. Lógicamente, si el juez quisiera realizar esa prueba podría hacerlo por sí mismo, puesto que el art. 10 da margen a su iniciativa de oficio. En esta situación lo que ocurre es que es la parte la que tiene conocimiento de un documento, por ejemplo, y al encontrarse con el rechazo de la parte a la que se lo pide, necesita acudir al juez para que ‘fuerce’ esa entrega. En un comienzo esto no estaba permitido puesto que, en virtud del principio ‘nemo tenetur edere contra se’, las partes no tenían obligación de presentar prueba en su contra, pero con el paso del tiempo, esto se modificó permitiendo que sí fuera posible por el interés de encontrar la verdad. El hecho de permitir esta ‘producción forzosa’, que en el Código Napoleónico no se recogía, se debe a que se vio que no afectaba al principio dispositivo, y servía para permitir al juez aprehender mejor la realidad, favorecer una igualdad de las partes ante las pruebas, y tenía la utilidad de en la práctica evitar que el demandado se quedase con pruebas que dificultasen la pretensión del demandante<sup>100</sup>.

Esta nueva posibilidad de requerir la entrega de una prueba forzosamente, comenzó a introducirse en el sistema francés a raíz de una ley en el año 1942, que reformaba varios aspectos del proceso incrementando los poderes de actuación del juez. Las primeras reacciones fueron que ponía en tela de juicio la neutralidad del órgano, y que rompía los principios dispositivo y de aportación, y en los tribunales lo que sucedía es que los propios jueces no acostumbrados a mayores potestades, no las usaban. Finalmente se consagró en el Decreto de 9 de septiembre de 1971,

---

<sup>100</sup> DAIGRE, J.J., *La production forcée de pièces dans le procès civile*, Ed. Presses Universitaires de Frances, París, 1979, pág. 21.

completado por el Decreto de 20 de julio de 1972. A partir de este momento, gracias a estas normas se delimitó y se dieron las pautas para hacer de su uso, una gran ayuda en la resolución de los pleitos. Lo que pasa es que para poder llevar a cabo este requerimiento, la doctrina ha establecido dos condiciones como expresa BLANC, que son, por un lado que debe expresarse la prueba exacta que se solicita, no puede hacerse una petición genérica, como por ejemplo todos los papeles en referencia a una persona, y por otro lado que con su solicitud no se perjudique en ningún caso a terceros<sup>101</sup>. Por eso está en manos del juez el admitir o rechazar la práctica de pruebas, según su utilidad. Está claro que la producción forzosa será utilizada siempre que no se trate de pruebas que las partes pueden obtener por sí mismas, ni cuando ya se tiene todo lo necesario para que el juzgador pueda elaborar su fallo. Por lo general, la parte demandada no suele poner obstáculos puesto que, podría parecer que oculta algo por alguna razón concreta, que el juez tomaría como desfavorable, por lo que en la práctica lo normal será la colaboración, pero no está de más, que se regulen todas las posibles situaciones que puedan tener lugar en el día a día de la justicia.

Es interesante el segundo párrafo del art. 11 del NCPC francés, puesto que en un primer momento habla de ese requerimiento por parte del juez a la parte que retiene prueba: “si une partie détient un élément de preuve, le juge peut, á la requête de l’autre partie, lui enjoindre de le produire, au besoin á peine d’astreinte”. Refiriéndose a las pruebas que posee una parte, dice *‘le juge peut’*, es decir puede reclamarlo, y además bajo pena de multa si la parte insiste en no llevarla al proceso. Pero, si se sigue leyendo el artículo, descubrimos que no solo puede reclamarlo a una parte, sino que se extenderá a terceros que igualmente no colaboran con esa entrega, siempre que no exista un interés legítimo que haga imposible ese requerimiento por el juez. Y no

---

<sup>101</sup> BLANC, E. , ob cit, pág. 23.

podrá hacerlo ya que se entiende que ese interés afecta a la vida privada, y será lo que prime, es decir, su salvaguarda, a no ser que pueda afectar a la protección de derechos y libertades del otro que lo solicita, caso en el que sí valdría la solicitud del juez. Otro límite a esa solicitud la encontraríamos en el secreto profesional que igualmente debe respetarse, aunque si bien es cierto, este deber de secreto podría verse afectado si como en el caso anterior existiesen derechos y libertades que necesitan ser protegidas. Así, en la jurisprudencia francesa pueden encontrarse casos en los que el secreto profesional es alegado y respetado por el juzgador, y otros casos en los que ese mismo secreto, es revelado tomando como justificación la mencionada protección. Para parte de la doctrina esta intervención del órgano supone una clara intromisión en la esfera privada de las personas, imponiendo en el proceso un signo inquisitivo, pero para los defensores de esta actuación lo que se hace es dar la posibilidad a la parte que quiere practicar correctamente el derecho, de litigar sin sombras, llevarlo a cabo sin que la parte o el tercero que no quiere colaborar, actuando de mala fe, se lo impidan. Y continúa diciendo el artículo “ il peut, a la requête de l’une des parties, demander u ordonner, au besoin sous la même peine, la production de tous documents détenues par des tiers s’il n’existe pas d’empêchement légitime”. Aquí hay que destacar que cuando se trata de un tercero, la ley utiliza dos términos distintos, habla de ‘demander’ o de ‘ordonner’, y esto es porque habrá una diferencia en cuanto la naturaleza del sujeto al que se le hace la petición, sea pública o privada. De esta forma, el término ‘ordonner’, que tiene carácter imperativo lo usa la ley para referirse al caso de que ese sujeto que retiene la prueba sea una persona física o jurídica, y en cambio, usa quizá con carácter más delicado pero igualmente efectivo, el término ‘demander’ cuando se trata de las Administraciones<sup>102</sup>, todo ello como consecuencia del respeto a la separación de poderes que debe guardarse. De todas formas, partiendo de la

---

<sup>102</sup> BLANC, E., ob cit., pág. 24.

idea de que, tanto las personas privadas como las públicas tienen obligación de colaborar con la Justicia, y pasan a tener esa obligación en cuanto que poseen determinada información útil para un determinado proceso que se está llevando a cabo, lo normal debe ser el entender que en la mayoría de los casos esta colaboración nacerá ante su requerimiento, y que serán o deberían ser, mejor dicho, pocos los casos en que un tercero no quiera prestar, más que su ayuda al juez, el conocimiento de un hecho, un acto o una prueba física, como podría ser la existencia de un documento o una grabación sonora. En el Código Francés por tanto, vemos como sí se ha ampliado la actuación del juez en el ámbito de la prueba con esas actuaciones de oficio, y el permiso de acordar por él mismo lo que estime conveniente, siempre por supuesto, que sea necesario para clarificar los hechos, y haciendo un uso prudente de esa facultad conforme a la jurisprudencia. Tanto esta iniciativa como la producción forzosa vista con anterioridad, se entienden como facultades del juez, quien dispondrá de ellas para usarlas de manera discrecional, lo que supone que no hacen nacer ninguna obligación que pueda luego reclamarse. Se trata de medidas judiciales encaminadas a obtener la verdad, y en ningún caso deben servir para que las partes eludan la carga de la prueba, que en primer lugar, pesa sobre ellas.

Esta ‘producción forzosa’ se recoge por ejemplo igualmente, en el Código Procesal Italiano a través de unas reformas llevadas a cabo a partir del año 1948, y que permiten al juez, cuando se lo soliciten las partes o por él mismo, mandar que se presente una prueba, siempre y cuando no afecte al secreto profesional puesto que podría derivar en un proceso penal su vulneración. Esta facultad es entendida como una reserva de los jueces, y el legislador italiano invita a la prudencia en su uso. También el Código Belga de 1967 recoge en seis artículos esta posibilidad del juez de obligar a presentar prueba, estableciendo en su Código Penal una sanción concreta para

esta retención, ya que su art. 465, advierte de que será penada la persona que detenga un documento ordenado por un órgano, o lo destruya fraudulentamente, lo altere o lo esconda. Podrá el juez solicitarla de oficio, respetando igualmente tanto la vida privada de las personas, como el secreto profesional. Y la ZPO alemana tras reforma del año 2001, amplía la situación anterior añadiendo a la posibilidad de obligar a la parte a presentar una prueba mencionada anteriormente, la situación de obligar a una de las partes a presentar prueba señalada por el contrario, así como obligar a tercero siempre que no vulnere la oposición legítima<sup>103</sup>. Como señala DAIGRE, lo que indican estos códigos es que puede coexistir un sistema predominantemente dispositivo con una producción forzosa de pruebas<sup>104</sup>.

En la LEC queda recogido igualmente el deber de exhibición de documentos por las partes en su art. 328, y los efectos de la posible negativa por alguna de las partes, para lo que el art. 329.2 LEC faculta al tribunal a efectuar un requerimiento cuando el contenido de lo que se demanda lo aconseje. Respecto a la retención de los documentos por terceros, el art. 330 LEC establece que mediante providencia se requerirá a la persona a la exhibición de los mismos en la Secretaría del Juzgado, cuando el tribunal “...entienda que su conocimiento resulta trascendente a los fines de dictar sentencia”. Matiza que si el tercero tiene la intención de mostrarlo espontáneamente, será el Secretario Judicial, si así lo pidiera, el que acudiría a su domicilio a testimoniarlo. Igualmente se establece esta obligación para las entidades oficiales, salvo que dicha documentación se halle clasificada con carácter reservado o secreto, siendo de todas formas necesaria la justificación de dicho carácter. Si fuesen empresas o entidades que realicen servicios públicos, el art. 332 en su apartado segundo las obliga de la misma manera

---

<sup>103</sup> BARBOSA MOREIRA, J.C, ob. cit. pág. 529.

<sup>104</sup> DAIGRE, J.J., ob cit, pág. 63.

salvo “...especial deber legal de secreto o reserva”. En comparación con el NCPC, el sistema español es más moderado puesto que no hace referencia en ninguno de sus artículos, de la posibilidad de establecer una multa a la parte que de todas formas se niegue a su exhibición. En el caso de que así fuese no queda claro cómo procedería entonces el tribunal frente a esa negativa, ni cómo la parte entonces que lo demandaba podrá tener acceso a él. También es cierto que “el reconocimiento del deber de la parte de expresar verazmente todos los hechos se ha llevado a cabo, mejor que mediante la imposición directa de sanciones a quien lo vulnere, mediante la concesión de las suficientes facultades de dirección procesal al Juez, el cual está así capacitado para completar en el proceso lo que estime en falta”<sup>105</sup>. Por otra parte, en cuanto a la obligación extendida a terceros, sin que sean Administración u otras entidades del sector público, el derecho francés señala la posibilidad de que pueda existir un interés legítimo del tercero que le permite no tener que exhibirlo, mientras que en la LEC no se recoge tal supuesto de acogerse a esa razón para no presentarlo. La LEC lo que hace es matizar el carácter de reservado o secreto profesional de cara a las Administraciones y otras entidades, mientras que el articulado francés se refiere de un interés legítimo para todo tercero, es decir persona física, jurídica, de carácter público o privado, sin limitarlo. Dentro del mismo, podría incluirse el secreto profesional puesto que la jurisprudencia sí lo recoge, y que sí reconoce la LEC para las entidades y empresas que realicen servicios públicos o actividades del Estado; más concretamente apunta al deber legal de secreto. Pero no hay que olvidar que personas físicas, por motivos profesionales, pueden estar acogidas igualmente a ese deber de secreto que no queda recogido.

---

<sup>105</sup> FAIRÉN GUILLÉN, V., ob. cit., pág. 316

## 1.6 Ventajas e inconvenientes de la iniciativa probatoria de oficio

La primera pregunta que se plantea cuando nos encontramos ante la existencia de un conflicto entre partes es, ¿a quién le corresponde probar los hechos en los que se pretenden basar las pretensiones? Es claro, que la carga de la prueba la tendrán las partes, y especialmente el demandante, pues es quien inicia el procedimiento para hacer valer sus derechos que cree vulnerados. Establece el art. 281 de la LEC que “la prueba tendrá como objeto los hechos que guarden relación con la tutela judicial pretendida...”. Luego las pruebas son fundamentales pues es el instrumento del que hacen uso las partes para poder obtener lo que pretenden; como señala BENTHAM “el arte del proceso no es esencialmente otra cosa que el arte de administrar las pruebas”<sup>106</sup>. Para VILLAMARÍN LÓPEZ “las partes han de tener garantizado con cierta amplitud el empleo de los medios de prueba legalmente previstos en el ordenamiento para asegurar una eficaz protección de sus derechos”<sup>107</sup>, pues el derecho de prueba queda recogido en la Constitución dentro de la garantía de la tutela efectiva. E igualmente necesario es añadir que el órgano juzgador debe contar con todos los medios que un sistema jurídico comprometido con esa efectividad puede poner a su alcance. Es decir, tanto partes como juzgadores tienen que disponer de instrumentos para que el proceso civil

<sup>106</sup> BENTHAM, J., *Tratado de las pruebas judiciales*, Ed. Valleta, Buenos Aires, 1971, pág. 10.

<sup>107</sup> VILLAMARÍN LÓPEZ, M.L., *La obtención de pruebas en el proceso civil en Europa. Estudio del Reglamento 1206/2001 de 28 de mayo*, Ed. Cóllex, Madrid, 2005, pág. 18. Señala la autora que el derecho de prueba es un derecho reconocido por la Constitución, y definido por el Tribunal Constitucional como el “poder jurídico que se reconoce a quien interviene como litigante en un proceso para provocar la actividad necesaria para lograr la convicción del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos relevantes para la decisión del conflicto objeto del proceso”. Para GUASP la prueba es “un acto o serie de actos que tienden a formar la convicción del juez sobre la existencia o inexistencia de un hecho o la verdad o falsedad de una afirmación...”, ob. cit., pág. 878. Para H. PAYÁ “la prueba no es solo una etapa, sino el centro principal del proceso contencioso, del cual se extraen los elementos esenciales para que el juez pueda formar su convicción al decidir el litigio”. H. PAYÁ, F., *La prueba en el proceso civil*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, pág. 15. “La valoración o apreciación de las pruebas, en sentido amplio podemos entenderla como el enjuiciamiento realizado por el juzgador sobre los resultados probatorios obtenidos mediante las pruebas practicadas, a través del cual llega a convencerse de que los hechos controvertidos han sido o no suficientemente probados”. ORDOÑO ARTES, C., *Aspectos generales sobre la prueba procesal (en el proceso civil)*, Ed. Tat, Granada, 1988, pág. 163.

responda a sus necesidades y logre su finalidad. Como recoge la jurisprudencia “las diligencias probatorias no constituyen un instrumento hábil para que las partes puedan introducir nuevas alegaciones al proceso, sino un recurso excepcional del que dispone el juzgador para completar el material probatorio aportado, siempre y cuando la prueba practicada de oficio recaiga sobre el ‘thema probandi’ delimitada por las partes en su demanda y contestación”<sup>108</sup>. Los hechos son de las partes, y la carga de la prueba les corresponde a las mismas; el tribunal no tendrá la responsabilidad de reconstruir los hechos más allá que lo que le permita la Ley. De ahí que puedan existir diligencias probatorias a modo de instrumento útil para el juzgador e igualmente para las partes, que ayuden a encontrar la resolución más justa posible.

La iniciativa probatoria de oficio ha supuesto a lo largo de la historia de nuestro Derecho un continuo punto de debate en la doctrina, ya que ha provocado opiniones, por lo general irreconciliables, en cuanto a qué actividad puede realizar el juzgador dentro del campo probatorio y cuales son sus límites. De ahí que la mayoría de los escritos sobre la materia tengan unos títulos que suelen venir introducidos por el término ‘problema’, como por ejemplo: ‘el problema de la iniciativa....’, ‘la problemática de la iniciativa...’, o ‘problemas en cuanto a la iniciativa...’, refiriéndose a la iniciativa probatoria de oficio. Señala GUASP que “ante todo nos hallamos frente a un problema referente a la potestad judicial. Esto equivale a decir que analizamos uno de los puntos vitales del sistema procesal”<sup>109</sup>. Por tanto, lo primero que observamos es que el tema se plantea sin lugar a dudas, como difícil, controvertido, complicado de afrontar, y de naturaleza variada en cuanto a los distintos posicionamientos que encontramos en torno a la cuestión. Por eso,

---

<sup>108</sup> STC 137/1992 de 13 de octubre.

<sup>109</sup> GUASP, J., *Juez y hechos en el proceso civil*, Ed. Bosch, Barcelona, 1943, pág. 8.



podemos dentro de este debate tomar como punto de partida la siguiente pregunta: ¿por qué la iniciativa probatoria de oficio se plantea como un problema?

En la búsqueda de respuestas es necesario analizar qué es lo que despierta reticencias a la posibilidad de otorgar iniciativa probatoria de oficio al juzgador, pues de esta forma al analizar los inconvenientes, podemos encontrar las soluciones y estudiar las ventajas de permitir esta actuación. Dentro de los distintos sectores doctrinales podemos encontrar que junto con una postura que niega que el juzgador deba tener una posición activa en el acuerdo de oficio de pruebas, también existe una postura doctrinal que apuesta por un papel coprotagonista del juzgador junto a las partes en la formación del material probatorio, así como una postura intermedia que no la niega por completo, pero defiende que se configure como una actividad excepcional sujeta a fuertes limitaciones. Nuestra postura se encuentra en la defensa de la iniciativa probatoria de oficio, considerando que con una buena regulación en la ley que establezca unos claros límites, el proceso civil saldría beneficiado fundamentalmente en eficacia, coherencia con su finalidad, y seguridad para alcanzarla. Además como señala el Tribunal Supremo, Sala 1ª, en Sentencia de 31 de diciembre de 1991, [CENDOJ 28079110011991100502] en referencia a los Juzgadores expresa que “la función judicial les adentra en el proceso no solo como árbitros y directores del mismo, sino también como activos integrantes que sin ser propiamente partes procesales, sí son interesados en la aportación de todo el material preciso probatorio”.

Los problemas en torno a la actuación probatoria de oficio por el juez, se centran en la colisión que provoca con algunos de los principios que rigen en el proceso civil tales como: el principio dispositivo, el principio de aportación ‘de parte’, la imparcialidad del juzgador y la igualdad de las partes.

Señala FERNÁNDEZ LÓPEZ que “mientras que el principio dispositivo es un límite infranqueable para el legislador, el principio de aportación puede ser sometido a ciertas correcciones con la finalidad de permitir determinadas actuaciones de oficio y en este sentido podríamos concluir que sólo vincula al legislador en cuanto su modificación suponga una vulneración de la debida imparcialidad judicial”<sup>110</sup>. Para ARAZI el hecho de distinguir entre los medios y las fuentes de prueba es vital para saber cual es la función que debe tener el juez civil; señala que “el juez civil puede ordenar medios de prueba para verificar los hechos afirmados por las partes, pero no puede investigar la existencia de fuentes de prueba”<sup>111</sup>. Para las tesis que defienden la no intervención de oficio, si el órgano goza de iniciativa probatoria se vulneran mediante su actuación, los principios señalados con anterioridad. A nuestro juicio la clave para dar solución al debate se encuentra en el respeto al fin del proceso, por lo que se hace vital fijarlo con *pleno convencimiento*. Una vez superado el concepto privatista (primer inconveniente para la actuación de oficio) para dar paso a la ‘socialización’ del proceso, va a aparecer junto con el fin perseguido por los justiciables un fin buscado por el Estado configurarlo en torno al proceso en sí mismo. Independientemente del contenido del litigio le corresponde al Estado a través del juzgador, desarrollar eficazmente el proceso y sentenciar de la mejor manera, lo que hace que sea necesario una nueva incorporación: la iniciativa probatoria de oficio. Esto es así porque para alcanzar ‘ambos fines’, privado y público, es necesario contar con los instrumentos adecuados que complementando a los otorgados a las partes, hagan que el juzgador pueda intervenir dictando así un fallo en ausencia de dudas, y se haga con la absoluta salvaguarda de la estructura básica del proceso. Para BAUTISTA MONTTI “el juez debe disponer dentro del proceso civil de las facultades necesarias para verificar las afirmaciones de las partes

---

<sup>110</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *Prueba y presunción de inocencia*, Ed. Iustel, Madrid, 2005, pág. 91.

<sup>111</sup> ARAZI, R., *La prueba en el proceso civil*, Ed. La Roca, Buenos Aires, 1991, pág. 91.

sobre las cuales existen controversias relativas a los hechos”<sup>112</sup>. Si se estableciese una iniciativa probatoria de oficio sin límites, sin presupuestos detallados o sin herramientas de control, podrían verse afectados los principios regidores del proceso, pero por el contrario si se configura la intervención del juzgador de forma precisa, el proceso contaría con un complemento altamente eficaz para lograr los dos fines, y por tanto la Justicia deseada.

Es por esto por lo que consideramos fundamental, estar *plenamente convencidos* al fijar el fin del proceso puesto que no se puede aceptar la ‘socialización’, que implica la existencia de un fin público junto con uno privado, sin estar conforme con el hecho de que para alcanzar ambos el órgano requiere de medios que permitan su actuación. Para MARTÍN OSTOS “aún cuando la cuestión debatida pertenezca al derecho privado, al solicitar la intervención del juez entra en juego el interés público de la recta aplicación de la Ley”, a lo que añade que las partes son libres de iniciar el proceso y de fijar el objeto del mismo a tenor del principio dispositivo, pero que “el inquisitivo debe aparecer en las pruebas, no limitándose el juez a lo probado por las partes exclusivamente”<sup>113</sup>. Por tanto es necesario comprender que el proceso entonces, no puede dejarse exclusivamente a la labor que desarrollen las partes en la prueba, porque ésta puede no ser suficiente. Como señalan MORENO CATENA Y CORTÉS DOMÍNGUEZ, “un juez mero espectador de lo que las partes hacen en materia probatoria en el proceso no es la garantía para la obtención de la decisión justa (...) pero tampoco hay que concebir el proceso donde el juez tenga los máximos poderes y las partes sean meros coadyuvantes”<sup>114</sup>.

---

<sup>112</sup> BAUTISTA MONTTI, L., “Iniciativa probatoria del juez en el proceso civil”, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, nº4, 1967.

<sup>113</sup> MARTÍN OSTOS, J.S., *Las diligencias para mejor proveer en el proceso civil*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1981, pág. 177.

<sup>114</sup> CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., y MORENO CATENA., V., ob. cit., pág. 187.

La ventaja principal de otorgar iniciativa probatoria de oficio será la de obtener una mayor probabilidad de acierto en la búsqueda de la verdad, y por consiguiente en la redacción de la mejor sentencia. Los litigantes presentan pruebas para reafirmar sus posturas, pero serán pruebas ‘posicionadas’ es decir, tenderán a una parte o a otra pudiendo deformar los hechos controvertidos en beneficio propio. Como señala GUTIÉRREZ-ALVIZ ARMARIO “el proceso resulta ser en último término un arma de doble filo, que puede servir tanto al que tiene razón como al que simula tenerla”<sup>115</sup>. De ahí que entendamos que surge la necesidad de intervención del juzgador para acordar pruebas -si fuese necesario- más independientes. Podríamos hablar de *pruebas subjetivas* como las que proponen las partes, orientadas a demostrar *sus* hechos, y *pruebas objetivas* que son las acordadas por el juzgador para verificar *los* hechos. Luego si el órgano goza de iniciativa probatoria, el proceso obtiene como ventaja una clarificación más precisa de los hechos controvertidos, que se traduce en un mayor acercamiento a la Justicia.

Como inconveniente que señala el sector opuesto a la iniciativa probatoria de oficio, es que al ser las partes las que plantean un conflicto privado, entienden que solo a ellas les competen las pruebas sobre los hechos, debiendo quedar el juez sujeto única y exclusivamente a lo introducido por los

---

<sup>115</sup> GUTIÉRREZ-ALVIZ ARMARIO, F., *Estudios jurídicos*, Ed. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1978, pág. 124. Para el autor, dentro del proceso civil en el que prima el principio dispositivo “el concretar a priori las facultades de las partes y demás intervinientes en lo que a la fijación de los hechos se refiere, tiene la extraordinaria trascendencia de hacer o no posible la investigación de la verdad objetiva”, que en el proceso civil al juzgador no le corresponde investigarla, pero entre eso y “consagrar la completa libertad de las partes sobre la determinación de los hechos, media un abismo”. Lo compartimos puesto que existen fórmulas mediante las que sin salir el órgano a la búsqueda de los hechos, puede llegar a aproximarse a la verdad buscada, y por qué no, a encontrarla sin que esto suponga ruptura alguna de los principios regidores en el ámbito civil. Apunta además que existe “el deber de veracidad” en estrecha relación con la moralización del proceso, que supone que todas las partes que intervienen lo hagan con lealtad y sin falsedad, pero compartiendo con el autor ese ideal, lo cierto es que en la práctica no siempre estará presente, y “si la falsedad emana solo de una parte, la prueba estará a cargo de la otra, y la cuestión no debe ofrecer dificultad”, pero nos preguntamos, ¿y si emana de ambas partes en determinados aspectos? Es claro que la intervención del juzgador por tanto, se hace imprescindible para poder verificar con la exactitud que se le permite, cuales son realmente los hechos ciertos.

litigantes en virtud del principio de aportación, configurado evidentemente solo como ‘de parte’. El Tribunal Supremo efectivamente señala en Sentencia de 10 de noviembre de 1992, [La Ley 231-5/1993], que “no se permite que el Tribunal suscite por su propia iniciativa cuestiones de hecho sin que haya sido alegadas por las partes”. Para estas tesis el juez no está interesado en la verdad sino en la solución del conflicto procurando que sea lo más acertada posible, pero la verdad no es para el proceso civil lo primordial, luego el órgano no tiene porqué hacer ninguna actuación pues quedan todas reservadas a las partes. En nuestra opinión, la verdad sí importa desde el momento en el que socializamos el proceso, porque la solución más justa será la que más se ajuste a la realidad, y dicha sentencia afectará a toda la sociedad en cuanto que se traduce en Justicia.

La iniciativa probatoria de oficio entendemos que no quiebra ninguno de los principios citados; el principio dispositivo queda salvaguardado pues las partes han sido las que han dado comienzo al proceso, han introducido los hechos controvertidos a los que queda sometido el juez, y han fijado las pretensiones que pretenden obtener. Como señala el Tribunal Supremo, Sala Primera, en Sentencia de 8 de febrero de 2000, [La Ley 5652/2000], en relación con las diligencias para mejor proveer, “los Tribunales tienen un cierto margen de libertad para tomar la iniciativa probatoria, sin que con ello se puede considerar vulnerado el principio dispositivo (...)” . En cuanto al principio de aportación *de prueba*, igualmente es respetado al ser las partes las que llevan inicialmente al proceso el material probatorio, condición indispensable para poder ejecutar una posible actuación de oficio. De este modo, el juez no suplirá su negligencia, y el acuerdo de pruebas por él supondrá un complemento a las solicitadas por los litigantes, de ahí que optemos por no añadir el ‘de parte’ cuando nos referimos al principio de aportación ya que parece que de entrada lo limita. Como matiza

la sentencia anteriormente referenciada, “el juzgador debe evitar la tentación de convertirse en parte, y que a través de tal actuación procesal se dedique a investigar la realidad procesal supliendo la inactividad, pasividad, negligencia, descuido, error o impericia de las partes”. Por eso la actuación del juez queda limitada a las fuentes que consten en autos, por lo que el principio de aportación y el principio dispositivo quedan salvaguardados en todo momento. Expone SENTÍS MELENDO que “el juez no debe tratar de averiguar, de investigar, de inquirir; esa labor corresponde a las partes”<sup>116</sup>. Y como señala GUASP “la Ley puede crear garantías para evitar el excesivo ardor y apasionamiento que se tome el juez (...), no necesita sacrificar la verdad de una situación real- que no es distinta de la verdad de una situación jurídica-”<sup>117</sup>. Opinión que compartimos puesto que el legislador es el encargado de limitar la actuación del juez, pero no de tal manera que se le impida la actuación que le lleva a descubrir la verdad, que solo será una, es decir, no puede haber una verdad real y una verdad deducida para el proceso en cuestión, sino que ambas deben ser la misma.

Otro inconveniente planteado para poder llevar a cabo iniciativa probatoria por el juzgador es la posible pérdida de imparcialidad. Señala ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO que “históricamente la idea misma del juez es inseparable de su cualidad de extraño a la contienda, es decir, de su imparcialidad”<sup>118</sup>. En relación a este punto nos parece que esta tesis se basa en razones más sujetas a teoría, que a casos acontecidos en la práctica. Una vez que las partes inician un proceso, les es asignado un juez en principio

---

<sup>116</sup> SENTÍS MELENDO, S., *Estudios de Derecho Procesal*, Ed jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962, pág. 259. Igualmente para el autor el juez “puede completar una laguna, puede aclarar una duda. Pero no debe llenar un vacío total, lo que redundaría en beneficio de una parte”. Presupuesto que compartimos para poder llevar a cabo por el juez la iniciativa probatoria de oficio, ya que ésta no puede tener lugar cuando las partes se han presentado en ausencia de prueba. Es necesaria una aportación inicial por las mismas para que en todo caso, el juez pueda intervenir haciendo uso de su iniciativa y complementar el traído al proceso de manos de los litigantes. Si no, sería una clara sustitución de la labor que a éstas les corresponde.

<sup>117</sup> GUASP, J., ob cit., pág. 51.

<sup>118</sup> ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, N., ob. cit., pág. 412.

completamente ajeno a ellas y si no fuese así, la legislación ya ha establecido medios para subsanarlo como son la abstención y la recusación que le apartarían, llevándose a cabo una nueva asignación. El juez por tanto es imparcial, no tiene afinidad con alguna de las partes ni tiene interés en beneficiar a una frente a la otra. Como expone GALÁN GONZÁLEZ “la exacerbada exaltación del perfil de imparcialidad como sinónimo de neutralidad judicial, ha constituido el argumento, a nuestro entender erróneo, utilizado por aquellos que pretenden limitar los poderes del juez en la dirección del proceso y cercenar toda actividad probatoria del órgano jurisdiccional”<sup>119</sup>. Los litigantes presentarán sus pruebas y si se estima necesario, a través de la iniciativa probatoria de oficio acordará la práctica de alguna más siempre como complemento. Eso no es pérdida de imparcialidad, pues el juez respeta en todo momento la aportación de prueba por las partes, y solo si aprecia la necesidad de completar algún punto dudoso- para nosotros en el momento final del proceso-, lo hará, pero al juez le es indiferente qué parte obtiene la sentencia favorable; él solo buscará la verdad de los hechos para poder fallar con Justicia, pues solo para ella es para la que trabaja. De ahí que no estimemos que con la iniciativa probatoria de oficio el órgano juzgador pierda imparcialidad, pues se limita a su trabajo para el cual necesita medios que le ayuden a lograrlo. A nuestro juicio, no se puede tomar como crítica a la iniciativa probatoria de oficio la posible pérdida de imparcialidad, cuando se han respetado todos las fases y principios del procedimiento, se ha dado intervención a las partes en la mism, y han tenido la posibilidad de efectuar una valoración de las pruebas acordadas por esta vía. En todo momento las partes participan, salvaguardando la contradicción y la defensa de sus intereses. A través de la iniciativa probatoria de oficio el órgano no

---

<sup>119</sup> GALÁN GONZÁLEZ, C., “Apuntes sobre el derecho al juez imparcial”, Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, nº 10, año 2004, pág. 198. Para la autora la imparcialidad puede contemplarse desde dos acepciones, por un lado “la posición trascendente del juez frente a las partes, y por otro la actitud desinteresada en relación al objeto del proceso y hacia quienes intervienen en el mismo”.

ayuda a alguna de las partes, sino que se ayuda en primer lugar a sí mismo, para dictar la sentencia más acertada, y en segundo lugar, a la Justicia representada por ese fin público del proceso. Señala acertadamente GUASP que “no se comprende por qué se ha de negar “a priori” la concesión de una facultad que se reputa conveniente por la mera posibilidad- no cabe ni hablar de riesgo- de que se haga de ella un uso inconveniente”<sup>120</sup>. Efectivamente no puede negarse la iniciativa probatoria de oficio para proteger la imparcialidad, cuando por ejemplo, con las diligencias para mejor proveer el juzgador ha gozado de la misma, y en la práctica no se recogen sentencias en las que se observe que con esta figura se haya vulnerado, por lo que parece prevalecer más la teoría que la práctica.

De la misma forma, el respeto a la igualdad de las partes no se entiende vulnerado puesto que, todas ellas aportan al proceso los medios de prueba que estiman necesarios para alcanzar sus pretensiones, sin que el juzgador pueda intervenir a favor de una o de otra. Todas las partes cuentan con las mismas oportunidades de defensa y argumentación para el caso de que el juzgador intervenga. Podemos matizar que incluso a través de esta iniciativa probatoria de oficio obtendremos la ventaja de que, más que nunca, las partes serán iguales ya que si algunas posturas doctrinales se quejaban de la diferencia de partes debida a recursos económicos, de esta forma todas tendrán la posibilidad de poner en práctica sus medios, y el juzgador al final mediante su actividad, equiparará de alguna forma esas ventajas económicas. Y no lo hará perjudicando a la más fuerte económicamente, o beneficiando a la más débil, lo hará favoreciendo a la Justicia, independientemente del dinero con el que se cuente para acudir a ella.

---

<sup>120</sup> GUASP, J., ob. cit., pág. 62. Para el autor “EL JUEZ NO TIENE OBLIGACIÓN DE FORMAR SU CONVICCIÓN PSICOLÓGICA en un proceso civil; pero tiene DERECHO A NO DEFORMARLA, y para ello el ordenamiento jurídico debe CONCEDERLE las facultades precisas y reconocer la posibilidad de su actuación con e propósito, verdaderamente alto y noble, de hallar en cada litigio la VERDAD”, pág. 121.



Un requisito que entendemos indispensable para que el órgano disponga de iniciativa probatoria de oficio es el respeto a la contradicción a través de la cual, las partes tienen conocimiento de todo lo que va a practicarse, estar presente en dicha práctica y poder intervenir exponiendo sus conclusiones<sup>121</sup>. El art. 289 de la LEC al informar de cómo deben practicarse las pruebas dispone que: “se practicarán contradictoriamente en vista pública, o con publicidad y documentación similares si no se llevasen a efecto en la sede del tribunal”. Esto es así porque existe el derecho de las partes a defenderse de todo aquello que presenten cada una en contra de la otra, e igualmente en las que pueda solicitar el juez dentro de su iniciativa excepcional. En Sentencia de 28 de enero de 2008, [La Ley 460/2008], encontramos cómo el Tribunal Supremo explica que “la omisión de una formalidad esencial, que determina la indefensión salvo que sea imputable al mismo justiciable, como es la privación o limitación de cualesquiera medios legítimos de defensa de la propia posición dentro del proceso, lo que ciertamente ocurre cuando falta plena posibilidad de contradicción”. El respeto a este principio de contradicción lo encontramos indispensable a la hora de configurar la iniciativa probatoria de oficio, ya que se encuentra dentro del conjunto de garantías que forman el ‘derecho al proceso debido’ recogido a través del art. 24.1 de nuestra Constitución, y en el art. 6.1 del Convenio de Roma que denomina ‘derecho a un proceso equitativo’. Como expone el Tribunal Constitucional en Sentencia de 8 de octubre de 1985, [La Ley 475-TC/1986], que el legislador y los órganos jurisdiccionales deben “promover positivamente la defensa contradictoria de las partes, en la medida delo posible dentro del proceso debido, al otorgar la tutela judicial a los

---

<sup>121</sup> “En efecto, el fortalecimiento de las posiciones procesales de las partes mediante la garantía de sus derechos, el dar efectividad al principio de contradicción, pone al juez en el sitio que le corresponde, asegura su equidistancia”. ANDRÉS IBÁÑEZ, P., “Ética en la función de juzgar”, en Revista Jueces para la Democracia, nº 40, marzo 2001.

ciudadanos para la defensa de sus derechos e intereses, ejercitando la dialéctica procesal de alegar hechos, fundamentos de derechos y pretensiones, y, en su caso, oponerse a ellas, actuando los contendientes en condiciones de igualdad procesal”. Y en Sentencia de 27 de marzo de 2007 del Tribunal Constitucional, [La Ley 10799/2007], igualmente establece que “ambas partes posean de idénticas posibilidades de alegación y prueba y, en definitiva, que ejerciten su derecho de defensa”, ya sea de material que procede de las partes, como en este caso sería frente a las pruebas acordadas por el órgano.

Por su parte, el Código de Procedimiento Francés recoge quiénes serán los sujetos encargados de la presentación de las pruebas en su art. 9 NCPC, estableciendo que las partes son las encargadas de probar los hechos en los que basan su pretensión, aunque el juez también tendrá una actuación activa en materia probatoria. Y encontramos que el art. 143 completa al art. 9 cuando establece que, los hechos de los que dependa la solución del litigio podrán ser objeto de prueba, si así lo requieren las partes, o lo requiere el propio juez, siempre que sean medios de prueba legalmente admisibles<sup>122</sup>. También se plasma la necesidad de respetar este principio de contradicción, encomendándole directamente al juez el deber de que se respete en su art. 16: “le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction”. Resulta lógico que en este Código, que permite la actuación del juez dotándole de iniciativa probatoria, se recalque el respeto a la contradicción no solo como principio claro del proceso, sino que, el juez además de hacerlo respetar entre las partes, se lo aplique a él también, si por ejemplo ordenase una prueba por sí mismo. En este caso, lo comunicará a las partes para que éstas puedan realizar posteriormente sus valoraciones. Como señala COUTURE, la dialéctica sirve a la justicia, puesto que a través del

---

<sup>122</sup> Art. 143 NCPC: “Les faits dont dépend la solution du litige peuvent à la demande des parties ou d’office, être l’objet de toute mesure d’instruction légalement admissible”.

principio de contradicción, llegaremos a la verdad gracias a la confrontación de las partes<sup>123</sup>. E igualmente este principio de contradicción queda recogido por FUCHS quien otorga al enfrentamiento de opiniones la máxima importancia, cuando expresa que a través de esa confrontación verbal será la manera de terminar el proceso, “una disputa sociológica termina cuando yo convengo a mi rival de que la opinión que defiende resulta la regulación más justa y adecuada en la práctica”<sup>124</sup>, donde el rival sería más bien el órgano juzgador.

Con la LEC podemos comprobar como el legislador ha optado por restringir la iniciativa probatoria de oficio, al entender que teniendo el proceso civil como principios inspiradores el dispositivo y el de aportación ‘de parte’, no cabía por tanto la misma al poder vulnerarlos. Esta razón, como hemos venido explicando, no nos parece suficiente ni acertada ya que a nuestro juicio la iniciativa probatoria de oficio correctamente delimitada respeta a ambos. El principio dispositivo queda respetado porque el juzgador nunca puede introducir hechos distintos a las partes, ni modificar el objeto procesal, y debe ser congruente en la sentencia. ¿Cómo puede entonces la iniciativa probatoria de oficio vulnerar dicho principio? Respecto al principio de aportación, si gracias al estudio de PICÓ I JUNOY, pudimos observar como el ‘partibus’ fue un añadido incorrecto que con el tiempo quedó de manera errónea incorporado al aforismo, es necesario que descartemos por tanto la idea de que la prueba solo puede venir de las partes tomando como base dicha herencia jurídica. Este principio puede ser compartido por partes y órgano, condicionado éste a la previa actuación de ellas y a límites como la sujeción a las fuentes de prueba que consten en autos, por lo que entendemos que el problema nace si al principio de aportación le limitamos con un ‘de parte’.

---

<sup>123</sup> COUTURE, E. J, ob cit, pág. 50.

<sup>124</sup> GARCÍA AMADO, J.A., ob cit., pág. 9.

Más adecuado nos parecía por tanto considerar este principio como de aportación *de prueba*, el cual se manifiesta en primer lugar, estableciendo que las partes deben traer las pruebas al proceso de manera inicial, y en segundo lugar, el órgano si así lo estima conveniente, completarla a través de la iniciativa probatoria de oficio, acordando otras pruebas. Además les dará intervención para participar en su práctica, y realizar una valoración del resultado. ¿Cómo vulnera en esta situación la iniciativa probatoria de oficio al principio de aportación, si éste puede ser también compartido por el juzgador? Como apunta acertadamente MARTÍN OSTOS “los principios procesales no actúan (no lo han hecho nunca, ni deben hacerlo tampoco en el futuro) con exclusividad, sino en acertada coexistencia, combinadas en la proporción que exija el orden jurisdiccional de que se trate, y el lugar y el momento histórico en que nos encontremos”<sup>125</sup>.

Además la LEC limita la iniciativa probatoria de oficio al entender que puede quebrar la imparcialidad, cuando si esto fuese así ocurriría que en la jurisdicción contencioso-administrativa, y en la jurisdicción laboral, efectivamente se vulnera. Si en otras legislaciones se mantiene la iniciativa probatoria de oficio sin que se ponga en cuestión si la imparcialidad puede verse afectada, no tiene sentido que la misma iniciativa probatoria de oficio quiebre la imparcialidad en el proceso civil, es decir, o se vulnera en todas las jurisdicciones o en ninguna. Lo que no parece coherente es que pueda llevarse a cabo en unos órdenes y en otros no, porque aunque sean situaciones distintas las planteadas, esta iniciativa es la misma para todos ellos, es decir, supone que el juez pueda acordar prueba por sí mismo. Además al basar el cambio de orientación de la LEC entre otros motivos por la cuestión de la

---

<sup>125</sup> MARTÍN OSTOS, J.S., “La prueba de oficio en el proceso civil”, Revista Jurídica Española La Ley, año 1995, Tomo 5, pág. 1788. Para el autor debemos “buscar la armonía, el equilibrio, no la preeminencia de un valor sobre otro”. Efectivamente la postura idónea es la de armonizar los principios para una coexistencia complementaria, y no excluyente.

imparcialidad, parece que igualmente se está admitiendo que con las diligencias para mejor proveer se veía afectada, lo cual entendemos no parece cierto. Para el sector que no comparte dicha iniciativa podrán existir numerosas razones, pero ni que vulnera la imparcialidad o los principios regidores del proceso, podrán estar entre ellas. Respecto al hecho de que las partes podrían caer en desidia a la hora de presentar las pruebas oportunas, pues saben que el órgano tiene facultades para intervenir de oficio acordando las que crea convenientes, podemos intentar plantearlo de la forma contraria. Y es que precisamente las partes, al saber que el juez puede intervenir, ¿no procurarán hacerse con todas las pruebas a su favor por temor a que se acuerden de oficio algunas que podrían no beneficiarles? Hasta día de hoy, la intervención de oficio siempre se ha planteado como una manera de que las partes se vuelvan pasivas y descuiden su trabajo, pero efectivamente consideramos que podría ocurrir al contrario y que precisamente, el saber que el juez de oficio puede acordar pruebas, les motive a presentarse con todos los medios de los que puedan valerse, sin descuidarse en esta tarea.

Entendemos que la iniciativa probatoria de oficio es necesaria dentro de un proceso civil que pretende obtener la solución más acorde a la verdad entendida como la mejor manera de hacer Justicia, puesto que es un instrumento eficaz para encontrarla. Respetados los principios dispositivo y de aportación en cuanto a que sean las partes las que propongan inicialmente prueba, consideramos que el órgano durante el periodo para dictar sentencia, debe poder hacer uso de la misma si se viese en la situación de que un extremo no le ha quedado suficientemente claro. Nos parece que tal iniciativa, tal y como expone el Tribunal Supremo en Sentencia de 20 de febrero de 2003, [La Ley 11244/2003], “exige ciertas condiciones, entre las que destacan que el proceso hay sido recibido a prueba; que versen sobre manifestaciones, o pruebas que las partes han realizado o indicado en el curso de la litis; no

comprenda la introducción de hechos nuevos y no se trate de suplir o suplantar la inactividad, la negligencia o deficiencias de las partes”. De esta forma entendemos que la iniciativa probatoria de oficio debe estar limitada y condicionada a unos términos fijados por la ley, puesto que de otra forma correríamos el riesgo de poner en peligro el sistema procesal. Pero una vez cumplidos los mismos, la actuación del órgano nos parece del todo adecuada. No vemos problema a dotarle de unas diligencias que, en la línea de las antiguas para mejor proveer, le sirvan de ayuda para complementar el material traído por las partes. Nos parece más acertado que lo haga en el momento final reservado a la elaboración del fallo, que la posibilidad de que lo haga durante el periodo probatorio, ya que entendemos que esta iniciativa no viene a establecer una actividad paralela en todo momento a la de las partes, sino una actuación independiente surgida por una necesidad. Como señala MORELLO “si el juez, una vez provocada su intervención, tiene necesidad de juzgar no existen razones para que lo haga de un modo que no satisfaga a la Justicia”<sup>126</sup>. De esta forma lo que conseguimos es que sobresalga en la sentencia la Justicia, frente a resoluciones que por las limitaciones impuestas, lo que obtienen son soluciones legales pero no reales.

---

<sup>126</sup> MORELLO, A.M., *Prueba, incongruencia, defensa en juicio. El respeto por los hechos*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1977, pág. 74.

## **CAPÍTULO II: EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA INICIATIVA PROBATORIA DE OFICIO EN EL DERECHO ESPAÑOL: EN ESPECIAL, DE LAS DILIGENCIAS PARA MEJOR PROVEER.**

### **2.1 Antecedentes históricos desde las Partidas hasta la legislación de 1881**

Para el estudio de los antecedentes de las diligencias finales, debemos remontarnos hasta las Partidas de Alfonso X, cuerpo legal que fue escrito entre los años 1256 y 1265. Esta recopilación se encontraba dividida en un prólogo y siete partidas, nombre con el que se le ha conocido hasta nuestros días, que recogía un total de 2.802 leyes ordenadas a través de 182 títulos.

La redacción de esta obra de gran magnitud de nuestro Derecho, se debe a la recepción de los ‘ordo solemnus iudiciarius’ que comenzaron a elaborarse en Italia. Con el término ‘ordo iudiciarius’ es como se conocen los primeros tratados que recogerían las reglas del proceso en conjunto, junto con las exposiciones de la doctrina, y que tuvieron su nacimiento dentro de la Escuela de Bolonia. El primero se elaboró por Búlgaro en el año 1141<sup>127</sup>, y se inspiró en el Derecho Romano recogido en el Digesto. Con el paso del tiempo fueron redactándose en diversos países como Francia y Alemania, llegando finalmente a España durante el reinado de Alfonso X. Fruto de esta recepción se elaboró en nuestro país la recopilación denominada las Siete Partidas de 1265. Dentro de este conjunto de Partidas, la Tercera Partida es la que está dedicada al estudio del Derecho Procesal, y en ella se recogen 543 leyes distribuidas en 32 Títulos. Fue el Maestro JACOBO DE LAS LEYES, el jurista

---

<sup>127</sup> GUTIÉRREZ-ÁLVIZ CONRADI, F., “Del ‘ordo iudiciarius’ a la reforma de la LEC”, Revista Justicia, Ed. Bosch, Barcelona, 1998.

que más influyó en su redacción, que tenía como finalidad enseñar la práctica procesal. El estudio de las diligencias finales y la iniciativa probatoria del juez, nos lleva a remontarnos hasta este momento jurídico histórico, en el que el juez poseía numerosas prerrogativas quizá porque, como establece la propia partida, “ si la verdad es cosa que los juzgadores deben catar en los pleitos sobre las otras cosas del mundo, e por ende cuando las partes contienden sobre algún pleito en juycio, deben los juzgadores ser acuciosos en pensar de saber la verdad dél por cuantas maneras pudiesen..”.

Entre las iniciativas que se le otorgaban al juez para llegar a encontrar esa verdad, teniendo en cuenta que el proceso era definido como “la averiguación que se hace en juicio de alguna cosa dudosa”<sup>128</sup>, encontramos la posibilidad que tenía de preguntar a las partes sobre los extremos que considerase oportunos, e igualmente y podía pedirles confesión, (3, 2, 12), al establecer que, “es cosa de que nace gran pró, ca por ella puede el juzgador saber más en cierto la verdad de los pleitos e de los hechos dubdosos que vienen antel. E puedela facer el juez, fasta que de el juicio, é aun la una parte a la otra”. Como señala VICENTE Y CARAVANTES en su obra, cuando al glosar en 1555 GREGORIO LÓPEZ las Partidas ya se acentuó el carácter de dichos actos como *de mejor proveer*, puesto que se llevaban a cabo una vez conclusos los autos, con el fin de resolver dudas sobre las pruebas *post conclusum quando fit ad declarandam dubiam probationem*<sup>129</sup>. También autorizaba al juez a practicar de oficio un reconocimiento judicial o inspección ocular si se trataba de un litigio sobre término de villas u otros linderos, debiendo desplazarse hasta ese lugar si así lo estimare conveniente. Se recogía por tanto una importante actuación del juez de oficio, aunque lo

---

<sup>128</sup> VICENTE Y CARAVANTES, J., *Tratado histórico, crítico-filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva ley de enjuiciamiento*, Madrid, 1856, pág. 121.

<sup>129</sup> VICENTE Y CARAVANTES, J., ob. cit., pág. 276.



cierto es que paralelamente ya se plasmaron también límites a esta actividad (3,8,14). De hecho el ejemplo lo encontramos cuando señala que el juez debía ceñirse a los hechos que constasen en autos evitando así la introducción en el proceso de su conocimiento privado. Así establecía que, “cierto e derecho e catada e escudriñada la verdad del fecho debe ser dada todo juicio, puede decirse que el juez no se sale de lo alegado y probado por las partes, sino que completa sus probanzas, y esto por actos ejecutados por las mismas, y sobre hechos que le constan por los autos, y no de ciencia personal como particular y fuera de ellos (3,3,12)”. El juez no podía introducir hechos, debía limitarse solo a los alegados por las partes. Se autorizaba al juez que dudase sobre el caso que le habían planteado, a consultar antes de dictar sentencia a los hombres sabios del lugar- no especifica a quiénes se consideraba sabios- y si con su ayuda no era suficiente, le autorizaba a acudir incluso al Rey para que resolviese entonces él mismo, o le dijese cómo debía hacerlo (3, 11, 22). Igualmente estableció que el juzgador a través de la pregunta puede llegar a conocer mejor la verdad de los pleitos y de sus hechos dudosos, por lo que le autorizó a utilizarla hasta el momento de dictar sentencia (3,2,2). Desde luego esta Ley parece del todo razonable y útil.

Respecto a las prerrogativas otorgadas al juez en materia de testigos, podemos observar que permitía al juez rechazar el testimonio dado por escrito o por contar, ya que el testigo debía acudir personalmente a decir verdad de lo que sabía, y si lo que dijera fuese confuso hacer que aclarase todo punto de duda (3, 31, 16). Para VICENTE Y CARAVANTES esta facultad en la práctica había traspasado los límites del principio de que, el juez debe atenerse a los hechos derivados de los autos porque, el juez había llegado a solicitar con esta institución, declaraciones de testigos que las partes no habían presentado y no estando sujeto a los interrogatorios de éstos. Para el autor el interrogatorio de testigos no se fundaba en disposiciones legales

como así lo creen otros autores basándose en leyes de la Tercera Partida(3, 30, 165). VICENTE Y CARAVANTES considera que lo único que autoriza la misma es volver a examinar al testigo presentado por la parte y estando sujeto el juez al interrogatorio presentado por la misma<sup>130</sup>. Así pues, a través de estos actos, el juez practicaba por sí mismo diligencias de prueba, y de lo más “expuestas y peligrosas”<sup>131</sup>, como por ejemplo traer documentos a la vista. También la Tercera Partida establecía una recomendación muy útil al juez, pues le animaba a evitar la precipitación a la hora de dictar su resolución, ya que podía hacerse nula aquella realizada sin reflexión.

Otra recopilación llevada a cabo por el CONDE DE LA CAÑADA en el año 1794, recogía que ‘se entenderá por qué mandan las leyes con tan estrecho encargo a los jueces que busquen la verdad, que no se detengan en las solemnidades y fórmulas del orden de los juicios; por qué les señalan que la busquen precisamente en los hechos del proceso: por qué los obligan a que los reconozcan y examinen con detenida reflexión y combinación de sus partes; y por qué finalmente detestan las mismas leyes la precipitación trascendiendo su influjo hasta decir nulas las que con ella se dieren’ y ‘y en excitar el oficio del juez pidiendo que acabe la instancia con su sentencia quien está en obligación de hacerlo con aquella brevedad que tanto recomiendan todos los derechos sin tocar en la precipitación que resisten...’<sup>132</sup>. Se vuelve a dar importancia a la necesaria reflexión del juzgador a la hora de valorar los hechos para poder dictar su fallo, en el momento de dictar sentencia que será privativo del juez.

---

<sup>130</sup> VICENTE Y CARAVANTES, J., Ob cit, entrada 1066.

<sup>131</sup> VICENTE Y CARAVANTES, J., Ob cit, entrada 1066.

<sup>132</sup> ACEDO RICO, J., CONDE DE LA CAÑADA., *Instituciones prácticas de los juicios civiles, así ordinarios como extraordinarios, según que se empiezan, continúan y acaban en los tribunales reales*, 3ªEd, Imprenta de la compañía general de impresores y libreros del reino, Madrid, 1845, pág. 98.

En el año 1805 se publicó la Novísima Recopilación con el objetivo de llevar a cabo mejoras, pero heredando básicamente todo lo recogido en las Partidas, conservando pues el juez la iniciativa probatoria que a lo largo de los años se le venía concediendo. Sobre el problema de la duración del proceso encontramos en su Título XVI dedicado a las sentencias, que “y así los pleytos se alargan, de que viene grande daño a las partes...”. En el año 1830 se publicó la ‘Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas del comercio’, donde su artículo 451 estableció que, “el tribunal podrá también de oficio hacerles las preguntas que estime oportunas para aclarar los hechos en que haya discordancia, y en caso necesario exigirles para mejor proveer que declaren sobre ello bajo juramento”.

En el año 1835 se publicó el Reglamento provisional para la Administración de Justicia, de 26 de septiembre, que en su artículo 51 vino a establecer que ‘las diligencias que se estimen necesarias se practicarán una vez concluida la causa y antes de dictar sentencia definitiva’, así ‘el legislador por tanto perfila este momento como el idóneo para subsanar defectos o para completar’.

Dentro de este texto además ya se advertía al juzgador de los peligros, y del riesgo de las posibles dilaciones que pueden producirse con su práctica. Esto demuestra que estas diligencias, sin nombre establecido todavía, tenían como uno de sus principales problemas el hecho de que podían dar lugar a una dilación excesiva del proceso, problema que efectivamente se ha arrastrado a lo largo de los siglos. Los legisladores siempre han intentado corregir los excesos dentro del proceso civil, y así, respecto al problema de la duración del pleito, desde el rey Juan I en el año 1387 hasta los mismos Reyes Católicos en 1476 fueron apareciendo normas tan curiosas como el prohibir disputar en el proceso a los Abogados, partes y sus Procuradores, que

posteriormente se tradujo en “porque algunos abogados por malicia, y por alongar los pleytos, y llevar mayores salarios de las partes, hacen muchos escritos luengos, en que no dicen cosa de nuevo, salvo replicar por menudo dos o tres, quatro y aun seis veces, lo que han dicho y está puesto en el proceso”<sup>133</sup>.

En el año 1845 la regulación de los Consejos Provinciales, estableció en su art. 45 que una vez terminada la vista, pudiera el Consejo cuando lo estimase necesario para mejor proveer, pedir informe o mandar practicar cualquier diligencia de prueba que no fuese la de testigos. Lo mismo quedó recogido en la regulación del Consejo Real en su art. 260; ya en esta época se hacía notar a los jueces que debían ser cautos en la práctica de estas diligencias para no cometer el grave error de pérdida de imparcialidad, que había de ser su principal atención en el desarrollo de los litigios. El 26 de septiembre de 1853 se publicó la llamada Institución del Marqués de Gerona, D. JOSÉ DE CASTRO Y OROZCO, que en ese momento era el Ministro de Justicia, que trataba sobre los negocios civiles. En su art. 65, se expuso que: “los tribunales y jueces podrán decretar para mejor proveer la práctica con citación de las partes, de cuantas diligencias estimen convenientes”. Como apunta MARTÍN OSTOS la expresión *para mejor proveer* hasta este momento, no estaba acuñada para hacer significar una institución específica como se recoge en nuestros días, sino que, era la manera natural de llamar a estas diligencias por su finalidad y utilidad en la práctica forense y así se recogía, pero no de manera legal exacta, es decir, no era su nombre técnico específico<sup>134</sup>. Poco a poco, y a través de expresiones como *para determinar mejor*, se fue formando su futuro nombre aludiendo a la finalidad de dichos autos, que era la de servir de instrumento al juzgador para elaborar mejores

---

<sup>133</sup> FAIRÉN GUILLÉN, V., *Temas del ordenamiento procesal*, Tomo I, Historia y Teoría General, Ed. Tecnos, Madrid, 1969, pág. 44.

<sup>134</sup> MARTÍN OSTOS, J.S., *Las diligencias para mejor proveer*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1981, pág.51.

sentencias. Igualmente se sigue advirtiendo del riesgo de dilatar el proceso mediante el uso de los mismos, recalcando que si así fuese, la responsabilidad pertenecerá al juzgador. Será con el texto del MARQUÉS DE GERONA con el que se plasme por primera vez de manera consagrada la expresión legal ‘para mejor proveer’<sup>135</sup>; la importancia de este texto se encuentra no solo en establecer definitivamente la denominación de las diligencias, sino que además deja una amplitud ilimitada a la voluntad del juzgador a la hora de solicitar cualquier diligencia. Además trató de acabar con las dilaciones de los procesos de las que ya se venía advirtiendo, y otros problemas del momento, porque si observamos el citado artículo, éste prevé la intervención de las partes; pero no tuvo mucha acogida, y consecuentemente tampoco duración. Como recoge su Exposición de Motivos queda constancia del intento de mejora por el MARQUÉS DE GERONA de una Justicia que se había convertido en una respuesta no deseable para alcanzar la solución a los conflictos pues: “los litigios y las reclamaciones son hoy el espanto y la ruina de muchas familias; son un manantial perenne de escándalos, son la muerte de la justicia misma”.

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, promulgada el 5 de octubre, se compuso de 1415 artículos y tuvo como impulsor al jurista GÓMEZ DE LA SERNA. En su artículo 48 se recortaba la amplitud que otorgó el texto del Marqués de Gerona, y vino a establecer un sistema de lista cerrada para la enumeración de las diligencias que podían ser acordadas por el juzgador. La redacción del artículo referido sancionó ya de manera expresa la práctica de estas diligencias, diciendo que los jueces y tribunales, tanto los jueces de paz como los de primera instancia o magistrados de Audiencia o Tribunal Supremo “podían” sin que los litigantes pudiesen obligarles a ello, a decretar para mejor proveer unos determinados actos. Cuerpo legal por tanto de gran

---

<sup>135</sup> MARTÍN OSTOS, J.S, ob. cit, pág. 49.

importancia pues viene a recoger por primera vez los actos concretos que puede realizar el juzgador haciendo uso de una facultad exclusivamente suya, y así dispuso que podía:

1º ‘Decretar que se traiga a la vista, esto es, que se una a los autos, cualquier documento que crean conveniente para esclarecer el derecho de los litigantes’. Aunque la ley usa la cláusula general ‘cualquier documento’, VICENTE Y CARAVANTES cree que se refiere a cualquier documento que el juez tenga conocimiento a través de los autos pues si pudiera mandar traer los documentos de que tuvieron conocimiento fuera de ellos, se quebrantaría el principio de que no puede utilizar el juez su conocimiento privado.

2º. ‘Exigir confesión judicial a cualquiera de los litigantes sobre hechos que estimen de influencia notoria y que no resulten probados. Debe versar la confesión sobre hechos que estimen los jueces según su prudente arbitrio de influencia notoria sin que baste que pertenezca al hecho o a la cosa sobre que es la contienda’. Y esto es así porque habiendo de prestarse esta confesión bajo juramento, no debe exponerse a la parte a un perjurio cuando no puede esta prueba producir bastante eficacia porque la parte no conozca con exactitud el hecho. Por la misma razón no han de estar probados los hechos pues sería inútil la prueba. Cuando una de las partes haya presentado prueba insuficiente para hacer constar la verdad de un hecho, podrá el juez pedir a la parte contraria que confiese la verdad del mismo para constituir prueba plena por medio de esta confesión. VICENTE Y CARAVANTES entiende que la ley lo que vino a decir es que los hechos no han de estar plenamente probados por lo que bastaría para exigir dicha confesión que existiese prueba semi-plena, siendo necesario que exista alguna prueba. En cuanto a la diferencia entre prueba plena y semi-plena, parece interesante destacar el análisis que hace el autor al decir que, prueba plena será la que “acredite la existencia de un hecho

de modo que constituya una verdad legal e introvertible, y es suficiente por tanto para que el juez pueda fallar condenando o absolviendo”. Y será prueba semi-plena “aquella que produce acerca del hecho a que se refiere un grado de certeza, pero no tal, que pueda alejar de forma legal todo motivo de duda”<sup>136</sup>.

3º. ‘Decretar la práctica de cualquier reconocimiento o avalúo que reputen necesario’. Esto ya se recogía en la Tercera Partida de Alfonso X.

4º. ‘Traer a la vista cualesquiera autos que tengan relación con el pleito; la finalidad de este apartado es que el juez pueda traer a este pleito los autos de otro pleito relacionado a través de los cuales pueda adquirir los datos que necesita para decidir con arreglo a justicia’. Al igual que el apartado primero de dicho artículo permite traer a la vista cualquier documento relacionado, con el que se pretendan hacer valer las partes, este apartado lo que autoriza es traer a la vista los autos que contienen documentos relacionados con el pleito en sí, derivados de otro litigio.

Estos autos para mejor proveer recogidos en la Ley del año 1855 podían acordarse en toda clase de juicios, y respecto al momento en que podían ser solicitados, éste era al término de la realización de las pruebas y alegaciones de los litigantes. Así, paulatinamente a lo largo de la historia, estas diligencias para mejor proveer fueron pasando de ser ‘una facultad genérica del juez, a una facultad concreta para un determinado momento del proceso’<sup>137</sup>. Por último, antes de llegar a la legislación de 1881, JUAN MANUEL MONTALBÁN, jurista español clave del S.XIX en el año 1855 publicó su *Tratado académico-forense de procedimientos judiciales*, en el que expuso que “si los jueces o tribunales tienen dudas para la determinación del litigio,

---

<sup>136</sup> VICENTE Y CARAVANTES, J., ob cit. pág 133.

<sup>137</sup> SENTIS MELENDO. S., *Estudios de Derecho Procesal*, Tomo I, Buenos Aires, 1967, pág.386.

deben pedir las nociones que crean convenientes para el esclarecimiento de la verdad; y si aún así juzgasen conducente para llenar aquel objeto, tomar alguna declaración o practicar alguna diligencia, pueden acordarlo así por medio de auto para mejor proveer”.<sup>138</sup> Para ABEL LLUCH este texto legal parte de la concepción monolítica del principio de aportación de parte, entrando las diligencias para mejor proveer por primera vez con una regulación positiva y resultando una excepción a esa concepción jurídica. Para el autor “autos para mejor proveer son aquellos que dictan los jueces y tribunales conclusos ya los autos, acordando para mejor proveer que se practiquen algunas diligencias para resolver la cuestión con mayor acierto”<sup>139</sup>. Esto era una excepción puesto que la actividad del juez era notoria, y se realizaba de manera conjunta a la de la parte.

## 2.2. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881

Esta Ley fue promulgada el 3 de febrero de 1881, entrando en vigor el 1 de abril del mismo año. En ella se recogieron tomadas de la Ley de 1855 las diligencias para mejor proveer en los arts. 340, 341 y 342, junto con algunas incorporaciones. El artículo 340 regulaba los supuestos en los que podrá el órgano acordarlas, y que prácticamente va a concordar con el anterior art. 48 de la Ley de 1855, aunque se añadieron esta vez un primer párrafo y un último, en el que tratan de solucionarse las dudas que históricamente habían surgido en la práctica. Por tanto puede decirse que esta Ley intentó al menos solucionar aspectos de los textos anteriores. Aún así como señala BANACLOCHE PALAO<sup>140</sup> esta Ley de 1881 “...nació antigua, arrastrando la pesada herencia del ‘ordo solemnium iudiciorum’...”. Para MANRESA en el

---

<sup>138</sup> MONTALBÁN, J., Y GÓMEZ DE LA SERNA, P., *Tratado académico-forense de procedimientos judiciales*, Tomo I, Ed. Librería de D. Ángel Calleja, Madrid, 1848, pág. 303.

<sup>139</sup> ABEL LLUCH, X., *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, Ed. Bosch, Barcelona, 2005, pág. 24.

<sup>140</sup> BANACLOCHE PALAO, J., en “*Las líneas generales de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*”, Revista Española de Derecho Procesal, nº 1, Enero 2000, Ed. La Ley, Madrid, 2000.



momento de publicarse expuso: “no será perfecta la nueva ley, porque no hay obra de los hombres que goce de ese privilegio, pero no podrá negarse que con laudable celo se ha procurado remediar los males y abusos revelados por la práctica”<sup>141</sup>. Para DE LA OLIVA SANTOS y DíEZ-PICAZO esta Ley “es un texto notablemente defectuoso ya en el momento de su aprobación por sus omisiones y lagunas, por la deficiente regulación de numerosas materias, por su acentuado formalismo y procedimentalismo”<sup>142</sup>.

La redacción del artículo 340 situó en el primer párrafo el momento en el que podían llevarse a efecto; la redacción fue la siguiente:

“Después de la vista o de la citación para sentencia, y antes de pronunciar su fallo, podrán los jueces y tribunales acordar para mejor proveer:

- 1º. Que se traiga a la vista cualquier documento que crean conveniente para esclarecer el derecho de los litigantes.
- 2º Exigir confesión judicial a cualquiera de los litigantes sobre hechos que estimen de influencia en la cuestión y no resulten probados.
- 3º. Que se practique cualquier reconocimiento o avalúo que reputen necesario, o que se amplíen los que ya hubiese hecho.
- 4º. Traer a la vista cualesquiera autos que tengan relación con el pleito.

Contra esta clase de providencias no se admitirá recurso alguno, y las partes no tendrán en la ejecución de lo acordado más intervención que la que el Tribunal del conceda”.

---

<sup>141</sup> MANRESA Y NAVARRO, J.M., ob. cit., pág. 9. Añade el autor que “si no se consiguiese este resultado, creemos que no será por insuficiencia ó defecto de la ley, sino por negligencia ó abuso de los que debían cumplirla”.

<sup>142</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A., y DíEZ-PICAZO, I., *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004, pág.24.

Este último párrafo fue modificado y es de gran importancia puesto que, si anteriormente estas diligencias se acordaban por auto en el que el juez debía justificar el motivo de dicha petición, ahora con esta redacción pasaron a acordarse a través de providencia. La providencia es un tipo de resolución mediante la que el juez no necesita justificar aquello que contiene por lo que quedaban a la única y exclusiva voluntad del juzgador, no admitiendo además recurso en contra de la misma. Matiza MANRESA que a partir de este momento se debe hablar de providencias para mejor proveer puesto que “conforme a la clasificación que de las resoluciones judiciales se hace en el art. 369, perdiendo la denominación de autos, empleada en la práctica antigua cuando se consideraban sinónimas las voces de auto y providencia”<sup>143</sup>.

En este art. 340 quedó plasmada la facultad del juez de acordar de oficio unas diligencias, cuando estimase que podía lograr con ellas una convicción más firme que la que tenía sobre el caso, pues solo con las alegaciones y las pruebas proporcionadas por las partes no le era suficiente. Se trataba de una facultad definida perfectamente con su propio y acertado nombre de ‘diligencias para mejor proveer’, es decir su finalidad era la de ayudar a resolver al juzgador de manera satisfactoria. Un aspecto negativo era que al establecerse la forma de providencia para su acuerdo, no necesitaba el juez justificar su actuación, y las partes no podían interponer recurso alguno contra las mismas, como veremos posteriormente. Como señaló ARAGONESES se entendió que respondía este otorgamiento de facultades, al moverse “en la idea social de la asistencia estatal”, y que en los países con una ciencia procesal avanzada el juez podía de oficio solicitar inspecciones oculares, pruebas periciales, documentos etc...para que el proceso se desarrollase con

---

<sup>143</sup> MANRESA Y NAVARRO, J.M, ob. cit., pág. 59.

‘lealtad y celo’<sup>144</sup>. De esta forma el juez no queda maniatado en lo que a petición de prueba se refiere, pues esa postura no es la mejor garantía para que al término del proceso se obtenga una resolución justa, entendiendo esto como ‘la más adecuada a la realidad fáctica y jurídica de las cosas’<sup>145</sup>. En los procesos en los que tienen lugar las diligencias para mejor proveer gozan de igual importancia tanto la prueba realizada de parte, como la que se realiza de oficio, quedando garantizado el principio de la carga de la prueba a través de la actividad previa de las partes.

Los artículos 341 y 342 no tienen precedente legal histórico alguno, y se ha considerado que el legislador los incluyó para evitar que dichas diligencias sirviesen para dilatar el procedimiento, como venía sucediendo desde las Partidas. La redacción de ambos artículos era la siguiente:

“En la misma providencia se fijará el plazo dentro del cual haya de ejecutarse lo acordado para mejor proveer, y si no fuera posible determinarlo, el Juez o la Sala cuidará de que se ejecute sin demora, expidiendo de oficio los recuerdos y apremios que sean necesarios”.

“En estos casos quedará en suspenso el término para dictar sentencia desde el día en que se acuerde la providencia para mejor proveer, hasta que sea ejecutada; y luego que lo sea, en el plazo que reste se pronunciará la sentencia o el auto que corresponda, sin previa vista”.

Para un análisis de estos artículos parece interesante seguir como referencia a MANRESA y GUASP que elaboran una crítica de esta institución, completada con el resto de autores, puesto que fueron los primeros

---

<sup>144</sup> ARAGONESES, P., Y GUASP J., *Derecho procesal civil*, Tomo II, Parte especial: procesos declarativos y de ejecución. Ed. Thomson civitas. Navarra 2005, pág.100.

<sup>145</sup> CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V., ob cit., pág. 244.

comentaristas de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Así en primer lugar, la crítica se centra en la ubicación sistemática de las diligencias, que para los autores es desafortunada pues en lugar de situarlas en el Título VII que trata sobre ‘Del despacho, vista, votación y fallo de los asuntos judiciales’ dentro de la sección tercera ‘De las votaciones y fallos de los pleitos’, hubiesen preferido que se colocasen en el Título II del Libro II que regula lo relativo a los medios de prueba<sup>146</sup>. Estas diligencias para mejor proveer habilitan una potestad ex officio a través de la cual el juzgador obtiene la posibilidad de acordar o no, única y exclusivamente a su juicio, pruebas que completen las ya realizadas por las partes, al considerar que existen todavía dudas sobre el caso. Será cuando a la hora de elaborar la sentencia el juzgador encuentre puntos oscuros en la determinación de los hechos, lo que le llevará a solicitar la práctica de las mismas para asegurar su convicción.

Se trataba de una facultad puesto que el artículo utiliza el verbo ‘podrá’, que en ningún caso establece que su acuerdo sea una obligación que venga impuesta por la Ley, y es así porque el juzgador realmente es el único que sabe en ese momento si todo está claro para poder dictar sentencia, o encuentra que queda algo pendiente que debería probarse. Para MANRESA es clara la intención del legislador de hacer de las diligencias para mejor proveer una facultad, puesto que “el verbo ‘podrán’ denota de una manera indudable que no es obligatorio, que no es forzoso en el juez o tribunal, sino potestativo. La Ley lo deja exclusivamente a su juicio”<sup>147</sup>. Por tanto como la persona que resuelve es la misma que tiene que hacer un análisis previo de todo el material probatorio, y será ella la que juzgue, de igual forma será la que pueda apreciar si necesita acordar la práctica de otra prueba en el momento justo antes de

---

<sup>146</sup> Lo cierto es que igualmente las diligencias finales de la LEC 2000 encontraran su sitio en esa misma parte, que versa sobre la sentencia.

<sup>147</sup> MANRESA Y NAVARRO, J.M., ob. cit., Tomo II, pág.61. El juzgador las usará para “no estando completos los méritos del procedimiento, crea deber mejorarlos o robustecerlos con alguna diligencia para escudriñar la verdad y fallar con arreglo a ella”.

resolver. Se trata pues de una facultad discrecional del juzgador, concebida por la Ley para su uso exclusivo, y será la misma Ley la que fije los requisitos para poder utilizarla, y sobre lo que tratará el contenido de la prueba a solicitar, no pudiendo el juzgador extralimitarse en lo que el ordenamiento establece<sup>148</sup>.

Los requisitos para su práctica van a ser, como esquemáticamente señala la Audiencia Provincial de Las Palmas, (Sección 5ª), en Sentencia de fecha 23 de febrero de 2004, [JUR 2004/133141] son: que el proceso haya sido recibido a prueba; que versen sobre manifestaciones, o pruebas, que las partes han realizado o indicado en el curso de la litis y no comprenda la introducción de hechos nuevos; y no se trate de suplir o suplantar la inactividad, la negligencia o deficiencias de la defensa de la parte.

Se considera discrecional de igual manera porque nadie puede obligarle a practicarlas, ni tampoco solicitar que las acuerde, puesto que en ese caso se rechazaría dicha propuesta instantáneamente. Y dos rasgos más de esta discrecionalidad son que, si decide acordarlas no cabrá recurso alguno frente a esa decisión, y las partes solo intervendrán en la medida que el juzgador considere oportuno. Así el órgano pasará de un papel pasivo a un papel activo pudiendo solicitar por sí mismo cualquier diligencia de prueba que crea conveniente, y que se encuentre dentro de las que le permite el artículo 340, dando o no intervención a las partes. Uno de los fundamentos de configurarla como una facultad libre y espontánea, no impuesta por la ley, se debe al temor de que, sabiendo las partes que en el último término el juez tiene la obligación de acordar medios de prueba sobre los hechos, podría desembocar en la desidia de las partes para con sus obligaciones. Así lo expone MANRESA

---

<sup>148</sup> Así GUASP recoge que no se usarán para igualar de ningún modo la situación procesal de las partes ni para remediar 'el descuido o impericia de alguna de ellas'. Ob cit, pág. 903.

cuando dice que “no son las partes las que han de apreciar el resultado de lo alegado y probado en el juicio sino el juzgador (...), es potestativo en el juez la providencia para mejor proveer procurando el mayor acierto en su fallo”<sup>149</sup>. Frente a esto, el ordenamiento lo que hace es poner algún medio a su servicio para que pueda actuar resolviendo el problema. Lo que no parece razonable, es que no tenga ninguno.

La jurisprudencia reafirma esa discrecionalidad a la hora de acordar las diligencias cuando el Tribunal Supremo establece que “la facultad concedida a los jueces y tribunales por el art. 340 es tan absoluta que ni las partes la pueden discutir, ni contra su resolución se da recurso alguno”<sup>150</sup>. También encontramos que “es doctrina reiterada de esta Sala que acordar la práctica de un mejor proveer es facultad del Juzgador de instancia”, y que “es una facultad que la ley concede”. Respecto al carácter potestativo el Tribunal lo tiene igualmente claro cuando dictamina que “su práctica es exclusiva del juez” y que “el verbo podrán del art. 340 denota de manera indudable que es potestativo en el juez dictar providencias para mejor proveer”<sup>151</sup>. La doctrina del Tribunal Supremo también hace hincapié en que dichas diligencias no deben servir para suplir la inactividad de las partes, para enmendar su desidia en la proposición de prueba y comprometiendo la imparcialidad a la que sí

---

<sup>149</sup> MANRESA Y NAVARRO, J.M., Ob citada, pags 61..

<sup>150</sup> STS 6 de junio de 1991, Sala Primera, [La Ley 2548/1991]. También en la STS, Sala de lo Contencioso-administrativo de 16 de octubre de 1998, [CENDOJ 2807130061998100371] se recoge que ‘la finalidad que persigue la utilización de medios probatorios en el proceso, no es otra que lograr el convencimiento del Juzgador sobre la verdad de los presupuestos de hecho sobre los que descansa la eficacia de la norma que se postula ser aplicada o demostrar, por medios científicos o por la cualificación profesional adecuada, la certeza de la pretensión ejercitada cuando para la decisión que se haya de adoptar se precisa unos conocimientos que desborda el marco estrictamente jurídico y siendo en razón de todo ello, por lo que la ley abre la posibilidad de recurso, únicamente contra las decisiones que denieguen medios probatorios y no contra las que los conceden, puesto que la posibilidad de un mayor acervo probatorio en el proceso es garantía para las partes en la solución final que se adopte, no pudiendo, en consecuencia predicarse la proscrita indefensión cuando se acuerda un medio probatorio, máxime cuando se realiza ‘para mejor proveer’, puesto que el fundamento del art. 340 tiene por objeto esclarecer el derecho de los litigantes, en razón a que las diligencias han sido insuficientes o porque las aportadas carecían de eficacia a los fines pretendidos en el proceso por las partes litigantes o bien, y por último, porque el Juzgador no ha logrado la convicción material y moral suficiente para decidir en Derecho’.

<sup>151</sup> STS 8 noviembre 1991 [RJ 1991\7941], STS 15 enero 1949 [RJ 1949\87],

viene obligado por ley. También dice que no deben abusar los tribunales de su uso y deben ser parcos a la hora de acordarlas. Quizá uno de los motivos por el que en la práctica su uso era escaso, sea por el cuidado con el que deben actuar los jueces y tribunales, por lo que en algunos casos prima el mejor quedarse corto que pasarse en lo relativo a la posible afección de su imparcialidad. Y todo ello porque en un sistema basado en el principio dispositivo y en el principio de aportación ‘de parte’, no encaja que las partes no tengan intervención en su desarrollo. Para MARISCAL LÓPEZ “el art. 340 no admite recurso, las partes han de soportar tales providencias pacíficamente”<sup>152</sup>. Por eso el paso del tiempo, lo que hace es reparar los problemas prácticos que venían padeciéndose con anterioridad, y que no pudieron tenerse en cuenta a la hora de legislar. Tras la reforma que se llevó a cabo en el año 1984, y en las actuales diligencias finales eso está ya superado y las partes tendrán intervención obligatoria si se da el caso de acordarlas. De esta forma el derecho a la contradicción está garantizado, y las partes no quedan aisladas en este trámite de prueba como ocurría en este momento. Lo que veremos posteriormente es que unos problemas se han solucionado, pero han surgido otros que merecen ser nuevamente solventados. La jurisprudencia siempre ha hablado de una “limitada intervención de las partes” en lo referente a estas diligencias, ya que únicamente podrán sugerirla en la vista, pero su petición no vincula en modo alguno al órgano que puede omitirla sin que las partes puedan decir nada. Queda reafirmado por el Alto Tribunal cuando establece que, “para que pueda ser llevada a efecto como diligencia para mejor proveer la prueba insinuada en la vista por los defensores de las partes, prueba que es de exclusiva y discrecional apreciación de procedencia por la Sala...”<sup>153</sup>, o cuando señala que “la petición de las partes sólo puede

---

<sup>152</sup> MARISCAL LÓPEZ, J., “Providencias para mejor proveer”, Revista de Derecho Procesal, Año V, núm. 2, 1949, pág. 331.

<sup>153</sup> STS 10 de octubre de 1952, [RJ 1952/1849]. El Tribunal insiste desde comienzos con la naturaleza exclusiva y discrecional de la facultad.

tener la virtualidad de llamada de atención del Tribunal a los efectos del art. 340”<sup>154</sup>.

Todos los autores y la jurisprudencia coinciden en el adecuado uso que debe hacer el órgano judicial con estas diligencias, pues no se trata de que se acuerden para suplir deficiencias de las partes, ni con el objeto de igualar la situación procesal de las mismas, ni tampoco su admisión debe suponer que el órgano caiga en incongruencia. La Audiencia Provincial de Lérida, Sección 2ª, en Sentencia de 28 de enero de 1993, [La Ley 182383-NS/0000],<sup>155</sup> expone que ‘la naturaleza y finalidad del art. 340 ha de ponerse de manifiesto en relación con el art. 24 de la Constitución Española, para evitar que por erróneas o desviadas interpretaciones puedan producirse situaciones de desigualdad procesal, de indefensión y de ruptura del derecho a un juez imparcial’.

Las diligencias para mejor proveer eran por tanto actos de prueba que se llevaban a cabo cuando, una vez practicadas las pruebas por las partes, el juzgador albergase todavía dudas, momento en el cual abandonaría la pasividad procediendo a intervenir de manera activa en el procedimiento. Esta intervención excepcional podía quebrar el principio dispositivo del proceso, pero ese punto se encuentra hoy superado por la tendencia de la mayoría de legislaciones a otorgar mayor iniciativa de actuación al juzgador con base en que, aunque el proceso civil guarde un objeto privado, se concibe con un

---

<sup>154</sup> STS 10 de octubre de 1952, [RJ 1952\1849], o STS 1 diciembre 1949 [RJ-1949\87] al establecer que “aunque aquella petición no esté prohibida por la Ley no puede mermar la facultad discrecional de ordenar su práctica de los mismos Tribunales”.

<sup>155</sup> Cabe señalar también de esta sentencia que expone que “en orden al acuerdo de una diligencia para mejor proveer, prima facie, supone una verdadera excepción al principio rector del proceso civil, cual es el de aportación de parte; sin embargo el alcance de dicha facultad, aun la evidencia de sus rasgos oficialistas, no supone que la ordenación de tales diligencias pueda convertirse en remedio a la pasividad o negligencia de los que litigan, que tienen a su disposición los medios probatorios legalmente previstos, por el contrario la finalidad de aquellas trata de posibilitar al juez la práctica de actividad probatoria para complementar la efectuada por las partes y que no ha obtenido su convencimiento”.



perfil público su desarrollo y el deseo de que se dicte una sentencia ajustada a Derecho. La jurisprudencia ya venía recogiendo que «la facultad de acordar diligencias para mejor proveer, para que no conculque el principio de rogación en que el proceso civil descansa, impone moderación en su uso, en evitación de que por la diligencia se sustituya o suplante la negligencia de la parte en cumplimiento de su deber de probar los hechos que alegue»<sup>156</sup>. Por tanto la finalidad del proceso será el descubrimiento de la verdad, y así las diligencias para mejor proveer tendrán como fundamento servir de instrumento para llegar a esa verdad de los hechos y completar la convicción del juzgador, que elaborará una resolución más acorde con la realidad de los hechos, y además disipará con ellas las dudas que pudiera tener. Para VICENTE Y CARAVANTES “cuando las partes ó tribunales al ver un proceso para dictar sentencia, tuvieran dudas sobre el modo de fallarlo, pro observar que está oscuro algún hecho esencial algún hecho esencial o que no resulta de las pruebas claro el derecho de las partes, ó como dice la ley 11, Tít. 22, Part.3, y su glosa en razón de las pruebas, por ser iguales de ambas partes, y de los derechos que ambos litigantes, pueden para mayor esclarecimiento de la verdad e ilustración de su ánimo sobre la materia, dictar de oficio autos para mejor proveer, para traer al proceso nuevos méritos que arrojen luz sobre lo que aparece dudoso”<sup>157</sup>.

Las diligencias para mejor proveer eran entendidas como una excepción al principio dispositivo y de aportación de parte, y precisamente por tratarse de una excepción es por lo que debía hacerse siempre una interpretación restrictiva. Si el juzgador no tiene dudas llegado el momento de resolver, no debía pedir las; y cuando las pidiese no se extralimitaría de lo fijado por la ley, aunque es cierto que el art. 340 daba un amplio campo de

---

<sup>156</sup> STS 8 marzo 1933, recogida en [La Ley 22183-JF/0000] en STS de 8 octubre 1990.

<sup>157</sup> VICENTE Y CARAVANTES, J., ob. cit., pág. 277.

actuación respaldando su discrecionalidad y su irrecurribilidad, lo que hizo que existiese ‘el peligro de que se incline a favor de una u otra, en detrimento de la imparcialidad’<sup>158</sup>. Por una parte se entendía que esos poderes del juez venían a ser complementarios a una actuación previa indispensable de las partes, por lo que no suponían en ningún caso una limitación ni una restricción de la labor de éstas. Por el contrario para GUASP, dichas diligencias está claro que no eran acordes con el principio dispositivo porque ‘está claro que una alegación que no proceda de dichas partes no encaja en el ámbito del principio dispositivo’, y que ‘el principio dispositivo prescribe que esa prueba provenga precisamente de los sujetos particulares que figuren en un proceso, es decir, que excluye la actividad del órgano jurisdiccional’<sup>159</sup>. Para DE LA OLIVA SANTOS ‘no deberían suponer en sí mismas una alteración de la virtualidad de los principios dispositivo y de aportación de parte, por los que solo a las partes corresponde alegar los hechos relevantes’<sup>160</sup>, así como entonces proponer prueba e intervenir diligentemente en su práctica. Para algunos autores como GUASP, y MARTÍN OSTOS, las diligencias para mejor proveer eran una institución que al dar iniciativa probatoria de oficio al órgano juzgador atentaban contra un sistema legal como es el español, que aboga por la primacía del principio dispositivo<sup>161</sup>. Para GUASP esto era así por una ‘falta de orientación jurídica y porque no es difícil encontrar en regulaciones principios contradictorios de imposible conciliación’, y atribuye el poco rendimiento de la institución tanto a la escasa simpatía con que la práctica había mirado siempre esta clase de actos de instrucción, como a la defectuosa organización que le daba a la institución la LECA. Respecto a si efectivamente se producía un quebrantamiento del principio dispositivo, hubo en la doctrina dos figuras enfrentadas: GUASP y MANRESA. Para MANRESA

---

<sup>158</sup> MIGUEL Y ROMERO, M, ob cit, pág. 438.

<sup>159</sup> GUASP, J., ob cit., pág 904.

<sup>160</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A., ob cit. pág. 318.

<sup>161</sup> MARTÍN OSTOS, J.S., ob. cit., pág. 54.

estas diligencias para mejor proveer no rompían con el principio dispositivo y se ajustaban a él, por lo que no había que darles mucho revuelo. Lo que argumentó fue que había que procurar que no se llegase a una excepción absoluta del aforismo *secundum allegata et probata partium*, lo que con el estudio de PICÓ I JUNOY, sabemos no debe ser mezclado. GUASP por el contrario encontraba que estas diligencias sí rompían con el principio dispositivo y por tanto eran una contradicción en el texto legal, pues toda prueba que no procediese de las partes no encajaba con el principio dispositivo, y por consiguiente lo vulneraba. Además propugnó su inclusión dentro del periodo probatorio, así como el admitir cualquier medio de prueba y ampliarlas a los hechos no alegados, como anteriormente se expuso. Para GÓMEZ ORBANEJA también suponen una ‘negación radical del principio dispositivo y de aportación de parte’<sup>162</sup>. Uno de los problemas que planteaban los autores era la posible sustitución de las partes en el sentido de que el juzgador viene a actuar donde ellas deberían de haberlo hecho, y por tanto producían una desigualdad procesal. Para algunos autores las diligencias para mejor proveer suponían un correctivo a la exagerada concepción del principio dispositivo que estableció la legislación en ese momento.

Con las diligencias para mejor proveer para MONTERO AROCA “no se está negando principio alguno que se refiera a la esencia del proceso civil, sino simplemente negando un aspecto del principio de aportación de parte tal y como se ha entendido en la LEC, pero simplemente porque se está reconociendo al juez una facultad material de dirección del proceso”.<sup>163</sup> Para MARTÍN OSTOS, uno de los puntos de conflicto entre el principio dispositivo y el principio inquisitivo son precisamente estas diligencias; “en un proceso civil mayoritariamente influido por el principio dispositivo-como es el

---

<sup>162</sup> GÓMEZ ORBANEJA, E., ob. cit., pág. 222.

<sup>163</sup> MONTERO AROCA, J., ob. cit., pág. 286.

nuestro- tal facultad judicial constituye un quebranto de éste, o, lo que es lo mismo, una injerencia del principio inquisitivo en nuestro vehículo procesal”<sup>164</sup>, es decir, van en contra de la propia ley, pues atentan contra una de sus bases como es el principio dispositivo. El Tribunal Constitucional en Sentencia de 13 de octubre de 1992, [1985 TC/1993], las califica como “un recurso excepcional que dispone el juzgador para, una vez concluido el juicio y antes de dictar sentencia, complementar el material probatorio aportado, siempre y cuando la prueba practicada de oficio recaiga sobre el ‘thema probandi’ delimitado por las partes en su demanda y contestación”<sup>165</sup>. Para ALCÁNTARA SAMPELAYO el art. 340 constituye “una gran brecha en el principio dispositivo”, lo cual no quiere decir que esté en desacuerdo con las mismas, ya que le parece que estas diligencias “tienden a averiguar la verdad, y es a ésta a la única que favorecen”<sup>166</sup>, en el sentido de que su fin último es tratar de llegar a ella, y no en concreto, tratar de beneficiar o perjudicar a una parte.

Para GÓMEZ ORBANEJA es una facultad que en principio parece incompatible con los principios fundamentales del ordenamiento salvo ‘que se entienda y se aplique como siempre se concibieron y se conciben, en la historia y en el Derecho Comparado, esto es, como algo que tiene una finalidad no sólo supletoria, sino complementaria’<sup>167</sup>. Y complementaria se refiere a que en primer lugar las partes son las que actúan proponiendo prueba, y una vez que éstas se practican, puede entonces el juzgador en caso

---

<sup>164</sup> MARTÍN OSTOS, J. S., ob. cit. pág. 99.

<sup>165</sup> STC 13 de octubre de 1992, [1985 TC/1993]. “Así las cosas, al posibilitar mediante la práctica de tales diligencias que la Mutua Murciana pudiera traer al proceso hechos nuevos no planteados en el juicio (ni siquiera en el expediente administrativo) se infringió el principio de congruencia, causando indefensión, en la medida que la resolución judicial se desvió de los términos en que planteada la controversia procesal, produciéndose un fallo extraño a la causa petendi de la pretensión y del objeto procesal deducido en el juicio oral”.

<sup>166</sup> ALCÁNTARA SAMPELAYO, J., “Intervención de oficio en el proceso civil”, Revista de Derecho Judicial, año 1969, n°9, pág. 27.

<sup>167</sup> GÓMEZ ORBANEJA, E., ob. cit. , pág. 223.

de duda, acudir a las diligencias para mejor proveer completar la actividad probatoria de las partes, quedando por tanto dichas diligencias subordinadas en primer lugar a la actuación de las partes. Ahora bien, VÁZQUEZ IRUZUBIETA matiza con que “no basta con decir que deben ser entendidas con carácter complementario, las medidas no pueden tener una extensión mayor que la de lograr una aclaración a una certeza para el juez”<sup>168</sup>. Por tanto en contra del sector de doctrina anterior, se encuentran GIMENO SENDRA, MORENO CATENA y CORTÉS DOMÍNGUEZ para los que estas diligencias no suponen un quebrantamiento del principio dispositivo, ya que las partes actúan antes que el juzgador, y tampoco del principio de aportación de parte, pues la Ley otorga exclusividad a las partes en lo que se refiere a las facultades de alegación. Porque tal y como argumentan, aunque el art. 340 no señala nada, la doctrina aquí unánime, entiende que no serán utilizadas para que el juez de manera indirecta introduzca hechos no alegados por las partes pues entonces en ese caso, el juez sí quebrantaría el principio dispositivo y comprometería su imparcialidad<sup>169</sup>. Para MANRESA “cuando esa verdad no resulte plenamente probada, una de las principales obligaciones será procurar su averiguación por cuantas maneras pudieren, pero ateniéndose a la acción ejercitada y a la razón de pedir”<sup>170</sup>. Al igual que tampoco podrá cuestionar hechos sobre los que las partes muestren su conformidad como establece el art.565, “la prueba que se proponga se concretará a los hechos fijados definitivamente en los escritos de réplica y dúplica o en los de demanda y contestación, y en los de ampliación, en su caso, que no hayan sido confesados llanamente por la parte a quien perjudiquen”. Por consiguiente el juez llevará a cabo una labor meramente complementaria a la actuación de las partes, no trata de suplirlas sino que únicamente depura el material probatorio

---

<sup>168</sup> VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Doctrina y jurisprudencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil* Ed. Derechos reunidos, Madrid, 1983, pág. 348.

<sup>169</sup> GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V., Y CORTES DOMÍNGUEZ, V., ob. cit. pág. 243.

<sup>170</sup> MANRESA Y NAVARRO, J.M., ob. cit., pág. 61.

presentado. El fundamento de esta institución se encuentra en dos argumentos, por un lado, porque su finalidad es que el juzgador resuelva mejor y que tienda a la verdad, y por otro lado, que el juzgador forme su convicción de forma óptima, que pueda resolver todas las dudas que le inquieten, y así se enfrente con la tarea de fallar, con plena seguridad<sup>171</sup>. GUASP frente a esta unanimidad de opinión sobre los hechos representa la excepción, puesto que mantiene una postura propia sobre los mismos, aunque entiende que dichas diligencias no pueden servir de base al juez para introducir y recoger hechos diferentes de los que sirven para delimitar la pretensión. Es decir, las diligencias para mejor proveer no pueden suponer una modificación en la pretensión de la parte puesto que el fallo debe ir acorde a esta al tratarse, dice el autor de una necesidad del proceso actual con base en el principio *ne eat iudex ultra petita partum*. GUASP lo que realiza es una distinción sobre los hechos, al dividirlos de una parte en hechos que delimitan la pretensión de las partes, y de otra parte, hechos que la fundamentan. Explica esta distinción al señalar que las partes pueden introducir nuevas circunstancias de hecho sin que se vea alterado el *petitum* que lo que vienen es a completar dicha pretensión, entendiendo que estos hechos pueden ser introducidos por el juez, puesto que no distorsionan el centro del debate mediante estas diligencias de prueba. Defiende esta postura basándose en el hecho de que el art. 340 en ningún punto excluye expresamente los hechos no alegados por las partes. Además, señala que las diligencias para mejor proveer constituyen una “derogación parcial” del principio dispositivo, luego no puede decirse que el juez no puede introducir hechos no alegados por las partes a través de esta vía porque se vulnera el principio dispositivo, cuando ya con el uso de dichas diligencias se está llevando a cabo una excepción del mencionado principio. Luego para GUASP,

---

<sup>171</sup> MARTÍN OSTOS, J.S., ob. cit. pág.101. El autor destaca estos dos aspectos de la finalidad de las diligencias para mejor proveer, entendiendo que están así entendidos por la doctrina unánimemente.

el límite del juez está en no modificar los hechos que constituyen la pretensión de las partes, pudiendo completarlos con otros que considere influyentes <sup>172</sup>. Recoge el Tribunal Supremo en Sentencia de 6 de junio de 1991, [La Ley 2548/1991], que la característica esencial de estas diligencias es “precisamente la de emanar de la iniciativa judicial en cuanto a su práctica, pues se realizan por la sola voluntad del órgano, aunque a veces sean debidas, además a propuestas indicadas por las partes, o por cualquiera de ellas, determina que se trate de una iniciativa que la referida Ley Procesal concede al órgano jurisdiccional como excepción al principio dispositivo que constituye la base del ordenamiento jurídico procesal civil español”.

Pese a la amplitud que parece otorgar el artículo al poder del juez, hay que recordar que se trataba de un sistema de lista cerrada, del cual el juzgador no podía salirse, luego cabría matizar que se trató de una discrecionalidad en su uso, y no en lo referente a su contenido. Mediante el principio dispositivo las partes en los procesos civiles son las que ‘disponen’ libremente de su derecho de acudir a los tribunales o de no acudir; serán las partes a través de este principio las que comiencen el pleito, luego el artículo 340 no vulneraba el principio dispositivo que seguía perteneciendo en exclusiva a las partes, por lo que entendemos que vulneraría en todo caso sería el principio de aportación ‘de parte’. Tras el inicio del proceso respetando este principio dispositivo, entrará en juego el principio de aportación que también pertenece a las partes aunque con excepciones, como lo fue este artículo 340. A través del principio de aportación las partes introducen los hechos, sus pretensiones y el material probatorio con el que tratan de demostrar su argumentación, y aunque en

---

<sup>172</sup> GUASP, J., *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*, Ed. M Aguilar, Madrid, 1943, pág. 907, y en *El juez y los hechos*, Ed. Bosch, Barcelona, 1943, pág. 110. Para el autor “es preciso establecer la distinción conceptual entre hechos que fundan la pretensión, y hechos que prueban su fundamento; y así como las partes pueden alterar e introducir nuevas circunstancias en el proceso sin que por ello haya de considerarse alterado el ‘petitum’, del mismo modo la iniciativa judicial es también compatible con aquella prohibición”. Tal y como señala, los hechos que limitan la intención de la parte, son traídos por los sujetos del proceso, pero “los hechos que completan o aclaran” la intención pueden ser traídos por el órgano judicial.

principio será una misión de las partes, el juzgador podrá actuar también en la producción del material solicitando las diligencias para mejor proveer. Como señaló ALCANTARA SAMPELAYO “nadie podrá ver mal que un juez aspire a conocer la verdad y haga lo necesario para conseguirlo. Mucho más que las habilidades de una parte y los descuidos de la otra, interesa el imperio de la verdad, y el triunfo de la Justicia”<sup>173</sup>. Luego el principio dispositivo quedaba entonces salvaguardado, y el principio de aportación ‘de parte’ también, puesto que las partes llevaban inicialmente la carga de proposición de pruebas y solo el juez o tribunal podría completarlo, y siempre después de una actuación previa de los litigantes; nunca puede darse en ausencia total de aportación de prueba por la parte. Era aquí donde las diligencias provocaban de manera puntual un quebrantamiento del principio de aportación ‘de parte’, pero en una situación estudiada por el legislador a la que le confiere el carácter de excepcional. Nuestra opinión es que ese quebrantamiento del principio de aportación de parte no se produce, ya que en cuanto a la introducción de hechos y fijación de las pretensiones es exclusivo de las partes, y se respeta, pero en cuanto al material probatorio pueden coexistir las pruebas solicitadas por las partes con carácter previo, y las pedidas por el juzgador, en un momento posterior.

Esta facultad por tanto era de gran ayuda, porque el juez podía solicitar algún medio de prueba que considerase útil para acabar con ese punto oscuro, y siempre eran medios sobre fuentes de prueba que se encontraban recogidas previamente en los autos. Parece conveniente y acertada la distinción que ORTELLS RAMOS realiza entre medios y fuentes de prueba; así son “fuentes de prueba lo elementos que existen en la realidad y que son aptos para producir convicción sobre datos de hecho. Existen como fuente de prueba aunque no se pongan en relación con el proceso, ni ideal ni prácticamente. Por ejemplo, un

---

<sup>173</sup> ALCÁNTARA SAMPELAYO, J., ob. cit., pág. 27.



testigo. Serán medios de prueba, la actividad procesal de las partes y del juez para incorporar al proceso las fuentes de prueba y obtener de las mismas los correspondientes resultados. Aquí el medio sería la obligación de comparecer, el régimen de su citación... Las fuentes de prueba son jurídicamente limitadas; en cambio los medios de prueba son regulaciones legales para utilizar en el proceso ‘el valor informativo’ de las fuentes”<sup>174</sup>. Para FÁBREGA constituye fuente de prueba “el elemento preexistente al proceso del cual emerge determinado medio probatorio”<sup>175</sup>. Es importante distinguir entre fuente de prueba y medio de prueba, pues lo necesario es que la fuente de prueba (por ejemplo un testigo) esté recogida en autos. De esta forma aunque las partes no hayan pedido su interrogatorio, el juez sí podrá proponerlo, y eso será el medio de prueba: el interrogatorio.

Nos parece claro que el juez no introducía nada nuevo al proceso mediante estas diligencias, sino que trataba de resolver el caso y lo hacía utilizando los medios de prueba que la Ley pone a su alcance –interrogatorios, reconocimiento, prueba documental, etc...- sobre las fuentes de prueba de las que tiene conocimiento a través de los autos. Las fuentes de prueba existen en un proceso con anterioridad a los medios de prueba, que posteriormente utilizaremos a partir de ellas. Las fuentes de prueba son por tanto introducidas por las partes al proceso, mientras que los medios de prueba son los que establece la Ley como herramientas de trabajo para la verificación de los hechos, de lo que podemos extraer como límites en el uso de las diligencias para mejor proveer, de un lado la obligación del juzgador de sujetarse a las fuentes de prueba existentes en autos, y por otro lado, la prohibición de introducir él en el proceso alguna fuente de prueba.

---

<sup>174</sup> ORTELLS RAMOS, M., *Derecho procesal civil*, Ed. Aranzadi, 5ª edición, Navarra, 2004, pág. 347.

<sup>175</sup> FÁBREGA, J., *Medios de prueba*, Ed. Jurídica Panameña, Panamá, 1997, pág. 6.

Como señala MIGUEL Y ROMERO, ‘a medida que al juez latino se le aumenten sus poderes y sus intereses en el proceso, irá perdiendo su imparcialidad y rectitud, virtudes preciosas que quedarán sacrificadas ante el deseo instintivo de que prevalezca su juicio, o lo que es aún peor, su prejuicio, del cual ningún hombre se puede considerar libre’<sup>176</sup>. Compartimos la opinión del autor en cuanto a la existencia del peligro de que se prejuzgue en lugar de que se juzgue, pero las diligencias para mejor proveer que han sido la máxima expresión a esta participación del juez, se llevaban a cabo en el momento en que se retiraba a elaborar su resolución, es decir, que lo que hacía en ese momentos era, ya que a estas alturas del proceso parece no tener cabida que prejuzgue, juzgar a través de su sentencia. El proceso está terminado, el protagonista será ahora el juez y no las partes, pues lo que se espera es su dictamen. Si para elaborarlo encuentra que no está firmemente seguro al encontrarse que determinados hechos no han quedado suficientemente probados, parece del todo lógico y adecuado que haga lo que la ley le permita para solucionarlo, y así la Ley redactó el artículo 340 para que pudiese disipar sus dudas; ‘la ley lo fija para que de este modo no se la tache de imprevisora’<sup>177</sup>. Parece que si el juez no hubiese usado las diligencias sería finalmente peor para todos pues obtendrían las partes, y el resto de la comunidad, una resolución a medias, ya que pudiendo resolver de la mejor manera posible, habría optado por no utilizar los medios que la ley dispuso para que así fuese. La Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1930, [La Ley 22183-JF/0000], declaró respecto de las diligencias para mejor proveer que ‘no deben abusar los tribunales para justificar la serenidad en sus juicios, separándose de las luchas que sostengan las partes de esta facultad de acordar diligencias para mejor proveer’<sup>178</sup>, a lo que GUASP comenta de manera muy acertada que ‘si los tribunales no deben intervenir jurídicamente en las

---

<sup>176</sup> MIGUEL Y ROMERO, M., ob cit, pág. 437

<sup>177</sup> MANRESA Y NAVARRO, J.M., ob. cit. pág. 61.

<sup>178</sup> Recogida por la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 octubre 1990, [La Ley 22183-JF/0000].

luchas entabladas por los sujetos particulares, no se sabe realmente cual es su misión'<sup>179</sup>. Parece pues que dicha sentencia señala que un juez al adoptar unas diligencias para mejor proveer se aparta de la contienda que llevan a cabo las partes, cuando cualquier actuación del juzgador se hará dentro del ámbito de un litigio entre sujetos particulares, y con la finalidad de resolverlo. A nuestro juicio es correcto reforzar el hecho de que actúe si así lo precisa, siempre bajo la supervisión estricta de la Ley, y hacerle partícipe dándole la posibilidad de acordar todos los medios de prueba que pueda necesitar, ya que los beneficiarios seremos todos al proporcionar a los juzgadores las herramientas necesarias para que cumplan la misión de resolver de la manera más justa, pues será la más justa para todos. Si se le deja pasivo, inactivo y mero espectador, será entonces como va a estar alejado y separado del problema de las partes. La Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1998, [RJ 1998/7851], establece que 'acordar diligencias para mejor proveer, que es facultad de los órganos juzgadores, supone el ejercicio de una potestad que otorga el artículo 340 y al tiempo, una excepción al principio dispositivo y de aportación de parte que rige en el proceso civil, sin que dichas diligencias puedan ser tachadas de inconstitucionales, por no contradecir las garantías que enumera el art. 24.1 de la Constitución Española, ni tampoco lesionar el principio de igualdad entre partes, ya que completa el material probatorio y tienen por finalidad lograr una más ajustada certeza y aseguramiento del mismo o su aclaración'<sup>180</sup>.

---

<sup>179</sup> GUASP, J., ob. cit., pág. 902.

### 2.2.1. Objeto de las diligencias para mejor proveer

Las diligencias para mejor proveer son actos probatorios<sup>181</sup> y como tales están dirigidas a la comprobación de un hecho, y a clarificar la convicción del juzgador. Se busca la verdad de un hecho mediante “argumentos con validez lógica y relevancia jurídica”<sup>182</sup>, por lo que el juzgador adoptaba dichas diligencias para reafirmar su convicción respecto de un hecho. Aunque MARTÍN OSTOS indica que ‘por tanto repercutirán solo en él y no en las partes’<sup>183</sup>, entendemos oportuno señalar que al final sí repercute en las partes, pues es para éstas para las que el juzgador dictará su resolución. El juzgador adopta las diligencias para reafirmar su convicción, pero después su convicción afecta a las partes que la ven reflejada en la sentencia, por lo que entendemos que bajo un punto de vista teleológico las diligencias para mejor proveer sí afectaban a los litigantes. A lo que pensamos se refiere el autor es que repercutían sólo en el juzgador en cuanto al trámite puramente formal en el que podría hacer que las partes interviniesen si así lo estimaba, y puesto que frente a lo que el juzgador dijese nada más podían hacer éstas.

El objeto de las diligencias para mejor proveer podía recaer sobre cualquiera de los elementos que componían la pretensión, es decir, sobre los hechos, o sobre los fundamentos de Derecho. Para GUASP realmente solo era sobre los hechos pues la aportación de fundamentos jurídicos no tiene carácter extraordinario cuando lo realiza el tribunal<sup>184</sup>. Así que nos centraremos en los hechos y más concretamente sobre la posibilidad de que el órgano introdujese hechos mediante estas diligencias, y en caso afirmativo de poder hacerlo,

---

<sup>181</sup> Para GUASP “las diligencias para mejor proveer son verdaderos actos de instrucción realizados por iniciativa del órgano jurisdiccional para que éste pueda formar su propia convicción sobre el material del proceso”. Ob cit, pág. 902.

<sup>182</sup> MARTÍNEZ PINEDA, Á., ob cit., pág. 97.

<sup>183</sup> MARTÍN OSTOS, J.S., ob. cit. pág. 118. Añade que “no olvidemos el fin de estas medidas y éste es el juz y su sentencia”.

<sup>184</sup> GUASP. J., ob cit., pág 902.

sobre qué hechos. Ha sido la doctrina la que ha dividido los hechos en tres grupos: hechos alegados y probados, hechos alegados pero no probados, y hechos ni alegados ni por tanto probados. La pregunta que podemos hacernos a raíz de esta clasificación es la siguiente: ¿podrá el juez aportar hechos no alegados por las partes? Para tratar de dar respuesta podemos distinguir entre hechos que forman la pretensión de las partes, y hechos que de alguna manera la fundamentan. En principio el juez no puede aportar hechos que forman la pretensión puesto que no puede variar el núcleo de lo solicitado por las partes pues supondría sustituirlas, y como se ha visto se trata de una actividad complementaria, y no sustitutiva. Otra cuestión es si puede introducir hechos que no siendo el núcleo principal del objeto del proceso, complementan a los mismos. La clasificación de los hechos quedaría de esta manera:

- *Hechos alegados y probados*: si los hechos alegados resultan probados con las pruebas practicadas a instancia de parte, y el juzgador no tiene dudas, no resulta necesario practicar ninguna diligencia más con este objeto, pues el apartado cuarto del artículo dice que han de tratarse de ‘ hechos que no resulten probados’ y aquí lo estarían. Lo que ocurre es que debido a la discrecionalidad que proclama la Ley respecto a esta facultad del art. 340, el juez no obstante podría solicitar prueba sobre hechos ya probados, que daría lugar a uno de los abusos más criticado de estas diligencias, al tener lugar la dilación indebida, y todo ello sin que las partes nada puedan hacer.

- *Hechos alegados y no probados*: este sería el apartado donde mejor encajarían las diligencias para mejor proveer, pues se trata de aquellos casos donde las partes han alegado unos hechos, se ha realizado prueba sobre los mismos, pero no se han despejado completamente las dudas. Por lo tanto el juez a la vista de este resultado, acuerda la práctica de oficio de las pruebas

con las que él considera que dichos hechos quedarán probados de manera satisfactoria, o de repetir pruebas que no obtuvieron el resultado esperado<sup>185</sup>. La duda que surge es si cabe prueba sobre hechos sobre los que las partes no han solicitado prueba alguna, pues parece que sería un caso que encontraría cabida entre los que el órgano remedia la impericia de las partes.

Para GÓMEZ ORBANEJA no tienen aplicación las diligencias para mejor proveer a los hechos totalmente faltos de prueba, pues se requiere una actuación previa de las partes<sup>186</sup>. Para MARTÍN OSTOS si el juzgador la estima conveniente para la correcta resolución final, podrá acordarla libremente siempre que no afecte a la congruencia de su sentencia<sup>187</sup>. En nuestra opinión el juzgador podrá solicitar diligencias para mejor proveer de hechos sobre los que las partes no solicitaron la práctica de prueba, siempre que los mismos consten en autos, y la parte haya solicitado pruebas de otros, es decir, que no exista ausencia total de actividad, y compartiendo la opinión de MARTÍN OSTOS, siempre que exista al final congruencia en la sentencia. Y es así como viene estimándose por la jurisprudencia, pues la amplitud del art. 340 deja abierta esta posibilidad sin que tenga efecto la posterior alegación de este exceso, aunque sí recomienda que no se abuse de este precepto para que el juzgador no se aparte de la lucha que sostienen las partes. No era necesario que las partes aportasen material probatorio sobre todos los hechos, sino que bastaba con llevar a cabo al menos alguna actividad en relación con la

---

<sup>185</sup> STS 7 diciembre 1996,[RJ-1996\8945], señala que “esta Sala tiene reiteradamente declarado, que las diligencias para mejor proveer son actos de instrucción realizados por la iniciativa del órgano jurisdiccional, para formar su propia convicción sobre el material del proceso, siendo totalmente ajenos al impulso procesal de las partes y al principio dispositivo; pero de ninguna manera pueden servir para suplir la inactividad o las deficiencias probatorias de las partes, ni para que los Tribunales formen su convicción sobre hechos no alegados o alegados extemporáneamente”. STS 15 de junio de 1957 citada en STS de 8 de octubre de 1990 La Ley 22183-JF/0000, “tal facultad...impone moderación en su uso en evitación de que por la diligencia para mejor proveer se sustituya o suplante la diligencia de la parte en cumplimiento de su deber de probar los hechos que alegue con una intervención judicial en su defensa”.

<sup>186</sup> GÓMEZ ORBANEJA, E., ob. cit., pág. 224.

<sup>187</sup> MARTÍN OSTOS, J.S., ob. cit. pág. 115.

formación del mismo, para que el juez pudiese solicitar posteriormente las diligencias que estimase convenientes. En definitiva, es necesaria la actividad de las partes, para que el juzgador pueda acordar las diligencias para mejor proveer.

- *Hechos no alegados y no probados*: la doctrina está de acuerdo en la imposibilidad de su solicitud, excepto GUASP, que tendrá mantendrá una postura propia sobre estos hechos. El autor distingue entre unos hechos que ponen de manifiesto la intención de la parte de ejercitar un derecho, es decir, hechos que constituyen la pretensión y que solo pueden aportarse a través de la actividad del sujeto. Y por otro lado, hechos que completan o aclaran tal declaración de voluntad, es decir hechos, que solo la fundamentan y que podrán ser traídos por la actividad del órgano judicial. Para GUASP debe permitirse la introducción de hechos nuevos siempre que no modifiquen la pretensión, y puedan ser objeto de prueba mediante diligencias para mejor proveer. Y llega a esta conclusión siguiendo el razonamiento de que, en primer lugar, el art. 340 no niega esta posibilidad de introducción de hechos nuevos, y en segundo lugar, porque el rechazo de esta posibilidad viene fundado en la quiebra del principio dispositivo, pero este fundamento no encuentra base alguna pues precisamente las diligencias para mejor proveer son una excepción al principio, luego de entrada ya lo están quebrando. Lo que no podrá hacerse es introducir hechos distintos de los que delimiten la pretensión, puesto que es necesaria la correlación entre dicha pretensión de la parte y el fallo del juez, pues si no entendemos que el órgano dictaría con incongruencia<sup>188</sup>.

Para ABEL LLUCH la justificación de GUASP no es suficiente porque la introducción de hechos en el proceso, corresponde únicamente a las partes, salvo procesos no dispositivos, por lo que el juzgador no puede

---

<sup>188</sup> GUASP, J., ob. cit., pág. 907.

convertirse en investigador pues rompería su imparcialidad. Y además porque estas diligencias para mejor proveer no permiten que a través de la actividad probatoria de oficio se supla la inactividad probatoria de las partes ni siquiera para reforzar la convicción judicial<sup>189</sup>. GUASP añade que son unas medidas óptimas para la aportación en el proceso del conocimiento privado del juez. Y para GÓMEZ ORBANEJA la facultad del art. 340 debe restringirse a la hora de tratar la búsqueda de la prueba de los hechos ex officio, y limitarse a aquellos que han sido alegados por las partes al proceso<sup>190</sup>.

Para la jurisprudencia queda claro que corresponde a las partes la alegación de los hechos y de que la sentencia debe ser acorde con lo pedido<sup>191</sup>, quedando así recogido por el Tribunal Supremo cuando establece que la práctica de estas diligencias no puede extenderse a la introducción de hechos nuevos, ni servir para que los tribunales formen su convicción sobre hechos no alegados por las partes, o alegados extemporáneamente, y se destaca la imposibilidad de aportar hechos nuevos de oficio, sean del tipo que sean, contrariamente a la opinión de Guasp. La jurisprudencia aclara que las diligencias deben recaer sobre hechos debidamente alegados por las partes, que hayan quedado confusos o poco determinados y que por tanto sea necesario esclarecer. Así pues las diligencias para mejor proveer eran actos de prueba que se diferenciaban de los medios de prueba ordinarios en dos aspectos: en la persona que las proponía, y en el momento procesal en el que acordaban<sup>192</sup>. Por eso hay quienes no las han concebido como actos de prueba

---

<sup>189</sup> ABEL LLUCH, X., ob citada, pág. 29

<sup>190</sup> GÓMEZ ORBANEJA, E., ob, cit., pág. 223.

<sup>191</sup> De otra forma se alejaría de la finalidad pretendida como señala la STS 8 febrero 2000 [RJ 2000\1235] “responde esencialmente a una finalidad complementaria que si se desvirtúa cabe, ponga en riesgo el propio sistema procesal”. También, STS 19 abril 1999, [RJ 1999\2588].

<sup>192</sup> Recoge DEVIS ECHANDÍA al tratar el tema de la prueba y el objeto de la misma que serán ‘objeto de prueba en general podrá ser todo aquello que, siendo de interés para el proceso, puede ser susceptible de demostración histórica (como algo que existió, existe, o puede llegar a existir) y no simplemente la lógica (como sería la demostración de un silogismo o de un principio filosófico), es decir, que objeto de prueba judicial son los hechos presentes, pasados o futuros, y lo que puede asimilarse a éstos’. Contenido en *Teoría General de la prueba judicial*, Editor Víctor P. de Zavalía. Buenos Aires, 1970, pág. 155.



pues se realizaban en un momento distinto al periodo de prueba ordinario y además por el juzgador, pero en esencia tanto unas como otras tienen la misma finalidad, que es la búsqueda de la verdad de los hechos planteados.

La jurisprudencia a través de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de fecha 22 de mayo de 1986, [La Ley 151279-JF/0000], recuerda cual es la naturaleza de dichas diligencias. Como consecuencia de un recurso interpuesto que tenía como base, el hecho de que la parte recurrente consideraba que se había dado “abuso en el ejercicio de la jurisdicción mediante unas diligencias para mejor proveer que han pretendido suplir la inactividad o negligencia de una parte litigante”, el Alto Tribunal contesta que la parte desconoce el fundamento de las diligencias para mejor proveer, puesto que no suponen ningún ataque al principio dispositivo ya que “la doctrina de esta Sala, interpretando el artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las ha construido como un lógico a la vez que necesario complemento de ciertos y concretos extremos del litigio”, para a continuación seguir explicando que siendo complementarias van dirigidas única y exclusivamente, de ahí su carácter excepcional, a lograr una mejor aclaración y certeza de los hechos por parte del juzgador, y por tanto “deben versar sobre manifestaciones o pruebas que las partes hayan realizado o indicado en el curso de la litis”. Añade que a través de los términos “podrán los jueces y tribunales” el artículo 340 deja claro que la competencia de los mismos es absoluta en lo relativo a acordar o no dichas diligencias. El Tribunal Supremo dice que el tribunal ‘a quo’ acordó las diligencias, “en pro de la justicia y para completar en la medida de lo posible su conocimiento de los hechos de la litis”. Para terminar exponiendo que “cuando los tribunales forman su convicción sobre un hecho por medio de diligencias practicadas para mejor proveer, no puede alegarse infracción del artículo 1214 del Código Civil, circunstancia ésta que aquí no concurre en un sentido estricto, toda vez que,

cual queda ya explicitado, la condición judicial se formó a través de la prueba practicada en su oportuno período procesal, mientras que la realizada a medio de la diligencia para mejor proveer acordada sólo sirvió como complemento de aquélla”. El art. 1214 del Código Civil<sup>193</sup> quedó derogado con la publicación de la LEC 2000 que reguló en su art. 217 la carga de la prueba, y en otros preceptos de su articulado, las presunciones y los medios de prueba.

Para la doctrina, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 realizó ligeras variaciones de las diligencias para mejor proveer, que supusieron una mejora en comparación a su regulación anterior. Unánimemente se establecía por la doctrina la necesidad de que las partes pidiesen el recibimiento del juicio a prueba, y posteriormente tuviese lugar la práctica de las pruebas propuestas por ellas, como primera condición para que después se pudiesen llevar a cabo las diligencias si el juzgador lo considerase necesario. No se admitía por tanto una falta total de actividad probatoria de las partes, pues en este caso el órgano no hubiere estado completando sino suplantando el deber de aportación de prueba por las partes. Como señala MAYNAR BARNOLAS equiparando el proceso a un torneo entre combatientes “el árbitro no puede salir a la palestra para llenar los baches de los contendientes”<sup>194</sup>. Lo que con rotundidad estaba aceptado por parte de la doctrina y de la jurisprudencia es que, no le estaba permitido al juzgador reparar la inactividad de la parte. Por el contrario lo que sí se discutió fue, si el acuerdo de estas diligencias debía adoptarse en los casos en los el órgano observase la conveniencia de una aportación probatoria complementaria, o si solo debían acordarse cuando los

---

<sup>193</sup> El art. 1214 del Cc establecía que “le incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción a quien la opone”. FERNÁNDEZ LÓPEZ señala que este artículo era incorrecto e incompleto, y que “la doctrina entendió unánimemente que debía ser interpretado conforme a la clásica distinción de los hechos constitutivos, impeditivos, modificativos, extintivos y excluyentes, de modo que la prueba de los primeros correspondiese al actor-o al demandado reconveniente-, mientras que la prueba del resto corriese a cargo del demandado-o del actor cuando se opusiera a la reconvencción planteada pr el demandado”. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., ob. cit., pág.101.

<sup>194</sup> MAYNAR BARNOLAS, M., ob. cit., pág.721.

defectos del resultado de la actividad probatoria de la parte, se debiese a errores ajenos a la voluntad de la misma. A nuestro juicio deberían aplicarse para ambos casos, puesto que en el primero el órgano completa el material con lo que la Ley le permite acordar por sí mismo para su propio conocimiento, y en el otro caso le valdría para corregir una prueba que las partes solicitaron y que su resultado no fue el esperado por causas ajenas a ellas, y que convendría repetirla<sup>195</sup>.

Esta LECA otorgaba margen al juzgador en dos aspectos, tanto en la práctica de las pruebas pues permitía su intervención al solicitar al confesante y a los testigos las explicaciones que a su juicio estimase pertinentes, y por otro lado, con las diligencias para mejor proveer, podía traer documentos a la vista, pedir confesión en juicio, realizar reconocimiento judicial o avalúo, y solicitar que se uniesen autos de otros procesos que estuviesen relacionados. Sobre la testifical se guardaba silencio lo que hizo surgir dudas respecto a su posible práctica o no, de oficio. El artículo 340 estableció que se podían practicar como medios de prueba para mejor proveer los siguientes:

1) Prueba documental. Con esto se refirió la norma tanto a documentos que tuviesen relación con los hechos, como también a aquellos autos en relación con el pleito. Lo que no permitía es que a través de estos documentos se aportasen hechos distintos a los alegados inicialmente por las partes. Conviene hacer mención al art. 507 LECA puesto que recogía la inadmisión de documentos después de la citación para sentencia, al estar afectados por las reglas de preclusión, y que por tanto impediría en principio la práctica de esta

---

<sup>195</sup> La LEC 2000 como se analizará posteriormente ha optado por eliminar la primera opción dejando únicamente la iniciativa probatoria de oficio circunscrita a la repetición de pruebas que no han obtenido el resultado esperado por circunstancias no reprochables a la actitud de las partes.

diligencia para mejor proveer. Pero dicho artículo establecía en su último punto que, esto no debía entenderse ‘sin perjuicio de la facultad que para mejor proveer concede a los jueces y tribunales el art. 340’, permitiendo de esta forma que aunque las partes no hubiesen presentado determinados documentos, el juzgador pudiera pedirlos, pues no estaría afectado por dicha preclusión. Al hablar del término general de documento, debemos entender que podían ser tanto documentos públicos como privados, con el único requisito de que fuesen pertinentes y convenientes para el resultado, y guardasen relación con el pleito quedando salvaguardada la congruencia en la sentencia. Como señala GUASP los documentos debían ser pertinentes, “que quiere decir que habrán de guardar congruencia con el fundamento de la pretensión deducida en el proceso; influyentes, que su estimación ha de tener una repercusión de importancia en el pleito, y necesarios o convenientes que dicho efecto no puede obtenerse sin una instrucción de oficio”<sup>196</sup>. Así lo señalaba el art. 566 cuando dice que ‘los jueces repelerán de oficio las pruebas que sean, a su juicio, impertinentes o inútiles’.

2) Autorizaba el artículo a exigir confesión judicial a cualquiera de los litigantes sobre hechos que no resultasen probados, y fuesen influyentes para el proceso. Esta confesión tenía dos límites: debía tratar sobre hechos que fuesen a tener influencia en el pleito, y tenía que versar sobre hechos que no estuviesen probados, lo que quiere decir que bastaba prueba semi-plena como ya señaló VICENTE Y CARAVANTES<sup>197</sup>. De esta forma, cuando el órgano se encontraba ante una prueba insuficiente que alguna de las partes había presentado, podía pedirle a la otra que confesase la verdad sobre esos hechos para que se convirtiese en prueba plena. El juzgador tenía libertad de actuación en cuanto a dar o no intervención a la otra parte, y sobre la

---

<sup>196</sup> GUASP, J., ob cit., pág. 908.

<sup>197</sup> VICENTE Y CARAVANTES, J., ob. cit. pág.133.

realización de las preguntas que creyese útiles que además, no constaban en la providencia donde se acordaban con el fin de evitar que pudiesen ser preparadas. Es unánimemente aceptado por la doctrina que no valía la ‘fictia confessio’ en el caso de que no compareciese la parte llamada por el órgano, pues no era la parte la que había exigido la confesión sino que se ha pedido de oficio. Como señala MARTÍN OSTOS en este caso debía aplicarse el art. 272 al establecer que ‘cuando sea obligatoria la comparecencia se le hará esta prevención, y si por no haber comparecido fuese necesaria una segunda citación, se le prevendrá en ella que si no comparece ni alega justa causa que se lo impida, será procesado por el delito de desobediencia a la Autoridad’<sup>198</sup>. Luego la diferencia la encontramos dependiendo de quién sea el que solicite dicha confesión; si lo solicitaba la parte, se hacía bajo juramento decisorio o indecisorio, y si lo acordaba el juez sería siempre juramento indecisorio o supletorio ya que no podía perjudicar a la parte que no declara. Por lo que las diligencias para mejor proveer nunca eran admisibles bajo juramento decisorio, pues no las solicitaba la parte. MANRESA y GUASP puntualizaron en este debate entendiendo que sí se tendría a la parte por confesa cuando se negase a declarar o diese respuestas evasivas atendiendo al art. 586: ‘si se negare a declarar, el Juez le apercibirá en el acto de tenerle por confeso (...). Si las respuestas fueran evasivas (...) le apercibirá igualmente de tenerle por confeso sobre los hechos respecto a los cuales sus respuestas fueron categóricas y terminantes’. Pero en principio la regla general fue la de no tenerlo por confeso, y por tanto, no se podía hacer uso del art. 586.

3) Reconocimiento o avalúo. La Ley autorizaba al juez a realizar cualquier reconocimiento o avalúo que estimase necesario, o que fueran ampliados los

---

<sup>198</sup> Y no serán por tanto de aplicación ni el art. 583.3 que señala que, ‘si no compareciere ni alegare justa causa que se lo impida, se le volverá a citar para el día y hora que se señale nuevamente, bajo apercibimiento de tenerle por confeso si no se presentare’, ni el art. 593 que añade que, ‘si no comparece tampoco a la segunda citación, o si lo hace pero persiste en no declarar, además del apercibimiento que se le hubiese hecho, podrá ser tenido por confeso en la sentencia definitiva’.

que se hubiesen realizado. Por lo general, esta diligencia era la más acordada porque con estas pruebas el juez podía hacerse a la idea por él mismo, de cómo eran los lugares donde han tenido lugar los hechos, de los objetos..., que en primer lugar se habían reproducido oralmente o por escrito. Como matiza GORPHE “el juez no es nunca infalible (...) pero las condiciones en las cuales es llamado a observar los lugares o las cosas, con atención y en calma, presentan garantías que no procuran jamás las percepciones de los testigos”<sup>199</sup>. Podían hacerlo tanto el juez como personas peritas en la materia designadas por él, que eran llamadas para la ocasión al disponer de unos conocimientos técnicos especiales. Al tratarse de actos públicos podían acudir al lugar las partes con los letrados, aunque debemos matizar que no iban a tener más intervención en el acto que la que les concediese el juez, y que por tanto, podía ser ninguna. Con esta diligencia podía acordarse tanto el reconocimiento judicial como el dictamen de peritos, recogidos en los puntos quinto y sexto del art. 578. La doctrina así lo entendió excepto MAYNAR BARNOLAS para el que el dictamen de peritos de las diligencias para mejor proveer no equivalía al del art. 578, puesto que el art. 340 no lo recoge expresamente entre los medios de prueba posibles de acordar, al igual que tampoco las pruebas de los libros de los comerciantes, ni los testigos<sup>200</sup>. El art. 630 despejaba estas posibles dudas cuando al recoger que ‘no se repetirá el reconocimiento pericial aunque se alegue la insuficiencia del practicado o no haya resultado acuerdo o dictamen de la mayoría (...), sin embargo cuando el juez lo crea conveniente podrá hacer uso de la facultad que le concede el art. 340 y acordar, para mejor proveer que se practique otro reconocimiento’. Con el art. 630 lo que la Ley quiso establecer es que las intervenciones de peritos no podían realizarse más de una vez pese a alegar que eran insuficientes; el único que podía hacer que se repitiese era el juez y

---

<sup>199</sup> GORPHE, F., ob. cit., pág. 157.

<sup>200</sup> MAYNAR BARNOLAS, M., ob. cit., pág. 726.

exclusivamente a través de diligencias para mejor proveer. El órgano juzgador en este caso, nombraba a los peritos por sí mismo pudiendo tener lugar la recusación de los mismos, realizada por la parte que creyese poderse ver afectada, si concurrían las causas que establece el art. 621<sup>201</sup>.

4) El juzgador podía traer al pleito otros autos que estuviesen en relación con el actual. La relación que dichos autos tuviesen con el pleito discutido era únicamente valorado por el juzgador, el cual aunque debía resolver teniendo en cuenta lo alegado y probado en el juicio, es cierto que podía valerse de otros autos que tuviesen relación y que podían serle de gran utilidad. Este punto cuarto lo cierto es que quedaba recogido en el punto primero del artículo al tratar la prueba documental, por lo que no entendemos porqué esta repetición dentro del mismo artículo. Lo destacable es que sobre este punto no existió discusión en la doctrina, y por tanto necesidad de mayor ahondamiento.

Lo que sí en cambio abrió un nuevo debate entre las autores fue la posibilidad o no de acordar como diligencias para mejor proveer otros medios de prueba que no estuviesen recogidos en el artículo 340, como por ejemplo, la prueba testifical del artículo 578, que quedaba fuera de los supuestos viables de la lista de medios establecida. Entendemos que lo que precisamente intentó la LECA 1881 fue acabar con los abusos que dichas diligencias permitían realizar a los juzgadores, estableciendo así un listado cerrado que señalase qué podía pedirse y qué no, y fuera del artículo 340 no dejar ninguna posibilidad más. Lo que no recogiese este artículo no podía acordarse. Ha venido señalándose que quizá quedaba demasiado restringida la actuación del

---

<sup>201</sup> Entre estas causas del art. 621 podemos encontrar que se trate de: que sea pariente por consanguinidad o afinidad, dentro del cuarto grado civil, o haber dado anteriormente sobre el mismo asunto dictamen contrario a la parte recusante, o haber prestado servicios como tal al litigante contrario, ser dependiente o socio del mismo, tener interés directo o indirecto en el pleito, o participación en sociedad, establecimiento o empresa contra la cual se litigue, y por último, tener enemistad manifiesta o por el contrario, amistad íntima.

juzgador, pero para el legislador lo que primó fue acabar con los abusos que se cometían, como por ejemplo, el acuerdo de diligencias totalmente innecesarias con la única finalidad de dilatar el proceso, y es más, sin que las partes pudiesen oponerse de forma alguna. Lo cierto es que con esta legislación de 1881 se siguieron cometiendo los mismos abusos- quizá hubo una pequeña reducción,- pero nada impidió que fueran denominadas coloquialmente como ‘diligencias para mejor dilatar’, sobrenombre que no necesita mayor explicación.

Respecto a la posibilidad de incluir la prueba testifical entre estas diligencias, la mayor parte de la doctrina prefirió dejarla fuera pues existe una desconfianza grande hacia esta prueba, que incluso queda reflejada por ejemplo en el Decreto de 21 de noviembre de 1952 sobre el Proceso de Cognición, cuando en su art. 59 dice que el juez podrá antes de dictar sentencia acordar para mejor proveer la práctica de cualquier diligencia de prueba excepto la testifical, excluyéndola explícitamente. PICÓ I JUNOY ve oportuno utilizar todos los medios de prueba incluida la testifical, pero con las ‘limitaciones oportunas y mínimas’<sup>202</sup>. MANRESA defiende esta pretensión de eliminar los abusos cometidos hasta la fecha con este sistema que enumera de manera clara e inconfundiblemente la clase de diligencias, porque el problema es que “la antigua jurisprudencia vaga e indeterminada en este punto no había fijado de una manera clara todas las diligencias que los jueces y tribunales podían mandar practicar, extendiéndose ‘a toda clase de juicios’ ”<sup>203</sup>. Para REYES MONTERREAL, la prueba testifical queda fuera del precepto, omitida pero no prohibida, que lo considera de matización diferente<sup>204</sup>. Eso es cierto, el art. 340 no lo prohibía expresamente pudiendo haberlo hecho tal y como lo

---

<sup>202</sup> PICÓ I JUNOY, J., ob. cit, pág 273 y ss.

<sup>203</sup> MANRESA Y NAVARRO, J.M., ob. cit., pág. 66.

<sup>204</sup> REYES MONTERREAL, J.M., “En torno a las diligencias para mejor proveer”, Revista General del Derecho, año IX, nº 101, Febrero 1953, pág. 91.



hizo el Decreto, por eso que pudiese plantearse la duda sobre si se podía practicar o no<sup>205</sup>. Para VICENTE Y CARAVANTES la omisión de la prueba testifical en el art. 340 no había sido un descuido sino que fue de forma intencionada, pues la práctica antigua se había excedido permitiendo al órgano traer al proceso testigos no propuestos por las partes, y por eso se había intentado acabar con esa práctica, y porque además existía desconfianza en los resultados que arrojaba<sup>206</sup>. Para SENTIS MELENDO, las leyes no hablan de la prueba testifical porque a los testigos hay que buscarlos, y esa no es la función del juez, es decir, “se averigua lo desconocido, pero se verifica lo conocido y afirmado. El abogado debe haber averiguado para que el juez verifique”<sup>207</sup>. Un proceso comienza cuando se ha averiguado, por lo que el legislador no ha puesto en manos del órgano judicial la labor de determinar quiénes pueden saber, y qué es lo que saben.

### 2.2.2. Ámbito de aplicación y momento procesal para su acuerdo

Respecto al *ámbito* donde podía tener lugar la aplicación de las diligencias para mejor proveer, se entendió que eran válidas para cualquier procedimiento, al deducirlo de la utilización por parte de los arts.340, 341 y 342 de los términos Juez y Tribunal indistintamente, y porque se incluían estos artículos dentro de una parte del texto legal de carácter general en aplicación de todos los procesos, es decir, no se recogieron en el articulado de

---

<sup>205</sup> GOMERO LÓPEZ-PELÁEZ realiza su propia valoración del testigo cuando se refiere a él exponiendo que ‘el testigo es fungible, maleable, influenciado, de memoria no siempre indiscutible, y con una disposición a la veracidad no siempre incuestionable. La potenciación de la prueba testifical (y pericial) es una asignatura pendiente, pero obtenible’. Este autor comenta acertadamente en dicho artículo lo que denomina la “perspectiva poliédrica de la prueba”, que viene a decir que ‘es la siempre posible distinta valoración de su desarrollo y efectos por parte de los receptores; y es que, ante nosotros se va a mostrar- y a actuar en el más amplio sentido de la palabra- la parte, siempre algo reticente en sus respuestas; el testigo, a veces espontáneos y otras recelosos ante un ambiente tenso; el perito aparentemente seguro de su saber, adversario puntual del homólogo contrario, con valoraciones tan distantes entre sí, que semeja que sus informes versan sobre diferentes realidades’. GOMERO LÓPEZ-PELÁEZ, F.J., “*Algunos aspectos de incidencia en la actual actividad probatoria*”. Secretario Judicial del Tribunal Superior de Justicia de A Coruña.

<sup>206</sup> VICENTE Y CARAVANTES, J., ob. cit. Vol. II, pág.233.

<sup>207</sup> SENTIS MELENDO, S., ob cit., pág. 51.

un proceso en concreto, como ocurrirá más tarde con las diligencias finales de la LEC. Señala MANRESA que “la antigua jurisprudencia había admitido el principio general de que los autos para mejor proveer podían dictarse en toda clase de juicios, porque en todos ellos podría caber duda al juzgador sobre la verdad de lo que se cuestionaba”<sup>208</sup>.

En cuanto al *momento procesal* en que se llevaban a cabo, la doctrina fue de opinión mayoritaria al considerar que no era el adecuado, y por tanto hubo muchas críticas respecto a este punto. El artículo 340 señalaba que el momento para su práctica era el que media entre la celebración de la vista y el pronunciamiento del fallo, es decir, cuando el proceso se encontrase en el periodo en el que el juez elaboraba la resolución satisfactoria para el conflicto. Al legislador le pareció el momento oportuno ya que había acabado el periodo probatorio en el que las partes podían alegar y solicitar para su prueba todos los medios que consideraban oportunos, y de alguna manera era el momento de que el juzgador los valorase y pasase a tomar una postura activa. Sin embargo, justo por eso la doctrina lo criticó porque cerrada esta fase probatoria, las partes ya no podían tener ninguna intervención. Esto se traducía en que las partes ya no podían argumentar nada sobre lo que el juez acordaba como diligencia para mejor proveer pues su intervención, que no se encontraba fijada en la Ley, dependía en exclusiva de la discrecionalidad del juzgador, pudiendo incluso llegar a una indefensión como señaló algún sector. El juzgador era el que decidía si procedía la intervención de la parte en la práctica de la diligencia para mejor proveer, o no lo estimaba oportuno. Para MARTÍN OSTOS y COUTURE esta posibilidad debía incluirse en el periodo probatorio, lo que no supondría la supresión del momento que se estableció,

---

<sup>208</sup> MANRESA Y NAVARRO, J.M., ob. cit., pág. 66.

sino una extensión del poder del juez a otro momento complementario<sup>209</sup>. Señala MAYNAR BARNOLAS que “parece que el legislador supone que, hasta después de la vista o de la citación para sentencia y antes no lo conoce lo suficiente para echar de menos algunas diligencias de prueba que antes no pudieron ser practicadas”<sup>210</sup>, compartiendo el autor la inoportunidad del momento escogido. No acogemos la idea de incluirlas en el periodo probatorio, pues precisamente el origen de estas diligencias es servir al juzgador cuando le surgen dudas una vez iniciado el plazo para dictar sentencia. La base de las diligencias para mejor proveer se encontraba en dar la posibilidad al juzgador de que albergando dudas tras el juicio, hiciese uso de las mismas para despejar puntos oscuros, por lo que nos parece que el momento elegido sí era el adecuado. Lo que propusieron ambos autores era otorgar al juez iniciativa probatoria de oficio en la fase probatoria junto con las partes, posibilidad que la Ley de ninguna forma quiso conceder pues esto hubiese supuesto que tanto las partes como el juzgador, compartiesen de la misma manera el principio de aportación en el proceso. Habría que distinguir dos posibilidades distintas: una sería dar iniciativa al juez en el periodo probatorio para poder acordar la práctica de pruebas que creyese convenientes, y otra sería la facultad de acordar medios de prueba cuando se ha retirado a deliberar la resolución. En ambos casos son medios de prueba con la finalidad de esclarecer los hechos, pero las diligencias para mejor proveer escondían un pequeño matiz que era servir en exclusiva al juzgador para dictar satisfactoriamente el fallo, luego son herramientas propias de la figura del juzgador. MANRESA expone que ‘la lógica aconseja que no pueda dictarse hasta que quede cerrada la puerta a los litigantes’<sup>211</sup>. Darle actividad propia al juzgador en el periodo probatorio para que pueda con su iniciativa

---

<sup>209</sup> MARTÍN OSTOS, J., ob cit., pág. 120. COUTURE, E., *Estudios de Derecho procesal civil*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1950, pág. 186.

<sup>210</sup> MAYNAR BARNOLAS, M., ob. cit., pág. 723.

<sup>211</sup> MANRESA Y NAVARRO, J.M., ob. cit., pág. 63.

acordar medios de prueba es una opción, pero lo que se buscaba con estas diligencias era que el juez dispusiese de medios por si le aparecían dudas cuando tenía que resolver. Se trataría por tanto de otorgarle iniciativa probatoria de oficio en el periodo probatorio, y luego en un segundo momento a la hora de dictar sentencia, que pudiese acordar estas diligencias por si le han quedado dudas.

El establecer iniciativa probatoria de oficio durante el periodo de prueba no excluye que puedan dictarse más tarde diligencias para mejor proveer, pues ambos casos son compatibles en la práctica. MARTÍN OSTOS dice que sería convertir la vieja medida para mejor proveer, anterior a la sentencia, en una moderna iniciativa oficial del juez en la prueba y después de ella. De esta forma se mantendría el espíritu que le dio vida, pero se ampliaría la regulación legal del momento procesal al darle al juez además la posibilidad de decretar y practicar pruebas a la vez que lo hacen las partes. En nuestra opinión el momento escogido es el oportuno pues el juzgador cuenta con todo el material para resolver, y solo si necesita despejar algún punto, podrá utilizarlas. El trabajo probatorio es de las partes, de ahí que no compartamos la idea de que el juez pueda durante el periodo probatorio intervenir, pues entendemos que debe quedar al margen hasta que las partes hayan solicitado y se haya practicado todo lo que crean conveniente. La fase probatoria es de las partes, la fase de resolución es del juzgador; nos parece fundamental esta distinción para mantener la imparcialidad y un correcto desarrollo del proceso. Con esto no queremos decir que la imparcialidad se pierda, pues en el Derecho francés como hemos visto, al igual que en otras jurisdicciones de nuestro Derecho, así se hace y no tiene lugar, pero aún así optamos por una actuación final que no albergue dudas de que es absolutamente complementaria a la actividad de las partes. Además queremos señalar que a nuestro juicio no se trata de que el juez paralelamente a las

partes actúe en el periodo probatorio, sino que lo que se trata es de que las partes sean las únicas que actúen, y una vez que el juez se retire y esté en disposición de analizar el material y el acto del juicio, complete aquello que no le ha quedado del todo claro.

El núcleo del problema del momento procesal que escogió el legislador fue que al cerrarse el periodo probatorio y quedar los autos vistos para sentencia, se eliminaba la contradicción de la prueba practicada de oficio entre las partes. No se entiende como la Ley no lo recogió puesto que en cambio, el ordenamiento sí buscó el contradictorio en muchas otras ocasiones como garantía del procedimiento, para no dejar indefensa a la parte a la que perjudica la actuación de oficio. No parece admisible que se haga una completa exclusión de las partes en la práctica de estas pruebas, dejándolas sin posibilidad de actuación pese a que puede afectarlas de manera directa. Para GUASP y MAYNAR BARNOLAS el momento les parece totalmente inadecuado porque se excluye la posibilidad de actuación de las partes, dejándolas de alguna manera indefensas por los hechos que haya podido probar el juez y piensan que sería más adecuado introducir las diligencias para mejor proveer en el periodo probatorio, para así las partes tener posibilidad de intervención, y respetándose el principio contradictorio<sup>212</sup>. Se basan en la posibilidad que recoge el Reglamento de la Propiedad industrial en su art. 270<sup>213</sup>, de acordar diligencias para mejor proveer en el periodo probatorio, luego esto se recogía ya en otro texto legal.

---

<sup>212</sup> GUASP, J., señala que “las partes carecen de intervención y puede quedar privado el contradictorio que la Ley busca otras veces como garantía esencial del procedimiento”. ob cit, pág. 911. Para MAYNAR BARNOLAS estas diligencias se practican “incluso a espaldas de las partes”. ob. cit., pág. 724.

<sup>213</sup> Art. 270: “En los juicios civiles sobre nulidad de registro el procedimiento se acomodará a las siguientes reglas:

6º. El juez intervendrá en la prueba, haciendo a los litigantes en los casos de confesión judicial, o a los peritos y testigos, las preguntas que juzgue pertinentes cuando se trate de prueba documental en la que se pidan testimonios parciales.

7º. El juez podrá acordar, para mejor proveer, la práctica de otras diligencias de prueba.

La opción que trataba de buscar la solución al problema era la de no modificar el momento procesal en el que se practicaban, sino otorgar a las partes intervención tras la práctica de la diligencia acordada por el juzgador; porque la parte contra la que se practica una prueba tiene que tener la posibilidad de discutirla, pues tiene el derecho a contraprobar. Esta sería la solución más acertada porque respetaría el espíritu con el que se habían establecido dichas diligencias que es la de mejor proveer, por lo que entendemos que el momento no debía cambiarse o nos encontraríamos con una finalidad distinta. Además con la intervención de las partes se salvaguardaba la contradicción de la prueba, y la posibilidad de defensa frente a la misma. Una vez recogida la intervención de las partes, como sucederá posteriormente, creemos que los autores que encontraban dicho momento inadecuado, quedarían satisfechos pues era la única razón realmente criticada. Respecto a que el juzgador en el periodo probatorio gozase de iniciativa tal y como igualmente se argumentaba, entendemos que si esto se recogiese, en algunos casos probablemente necesitaría en el momento de dictar sentencia un instrumento por si algún punto no hubiese quedado despejado, luego en este caso sería doble la intervención del juzgador. Lo cual supondría el pasar de mirar una institución que otorga iniciativa de oficio con lupa, a dotar al juez de iniciativa probatoria en dos momentos, lo que nos parece ir de un extremo a otro, es decir, de vetar su actuación a concedérsela en todos los periodos.

En resumen, si el juez dispone de iniciativa probatoria de oficio en el periodo probatorio, no impide que en el momento final pueda necesitar disipar dudas surgidas a raíz del análisis de todo el material, luego, nuestra postura es la de que tenga los instrumentos necesarios para dictar la mejor sentencia en el periodo final, que es lo que asegura que nada quedará sin resolver.

En cuanto a la indefensión que la doctrina argumentó al no existir contradicción en la práctica tras el acuerdo de una diligencia para mejor proveer, la jurisprudencia salvo casos determinados vino a rechazarla entendiendo que se trataba de una facultad judicial libre, discrecional y espontánea con la única finalidad de obtener la convicción del juzgador. De esta forma entendía que no se producía la desigualdad de las partes, y por tanto tampoco la indefensión por el hecho de no darles intervención, ni posibilidad de recurso. El Tribunal Supremo, Sala Primera, en Sentencia de 5 de octubre de 1998, [RJ 1998/7851], establece que “acordar diligencias para mejor proveer, que es facultad de los órganos juzgadores, supone el ejercicio de una potestad que otorga el art. 340 LECA, y al tiempo, una excepción al principio dispositivo y de aportación de parte que rige en el proceso civil, sin que dichas diligencias puedan ser tachadas de inconstitucionales, por no contradecir las garantías que enumera el art. 24.1 CE, ni tampoco lesionar el principio de igualdad entre partes, ya que complementan el material probatorio y tienen por única finalidad lograr una más ajustada certeza”. De todas formas para los autores sería más acertado el permitir el contradictorio entre las partes sobre las pruebas acordadas con base en el art. 340 LECA, y así FAIRÉN GUILLÉN advirtió de la necesidad de completar esta laguna legal, a los efectos de cohonestar nuestro procedimiento con el principio de contradicción<sup>214</sup>.

La jurisprudencia a través de sus resoluciones dejó claro también que no habría posibilidad alguna de recurso ni ordinario ni extraordinario al mantener el criterio de la potestad por parte del juzgador, entendiendo que “sobre cuya discrecionalidad al amparo del art. 340 huelga argumentación alguna”, o “siendo irrevisable la decisión del juzgador al respecto, que no es determinante de infracción de norma de procedimiento, ni de quebrantamiento

---

<sup>214</sup> FAIRÉN GUILLÉN, V., ob. cit. pág. 264.

de forma, a los efectos del motivo de casación”<sup>215</sup>. Esto es así pues el Alto Tribunal considera que no hay quebrantamiento de forma ni indefensión, ni puede servir de fundamento para un recurso de casación por infracción de los artículos adjetivos de la LEC el hecho de no dar intervención a las partes, porque excluye que hayan sido vulneradas las formalidades sustanciales del proceso. Aunque lo cierto es que si bien la contradicción de las partes sería una mejora considerable, la jurisprudencia no se cansa al insistir que es una facultad exclusiva del juzgador el dar esa intervención a las partes, luego para la jurisprudencia en este momento, no parece tan necesaria la contradicción tras su práctica por el órgano. Para GUASP el hecho de que las partes no puedan presentar recurso alguno contra estas diligencias no lo comparte, y así señala que “el recelo hacia el Juez es un criterio erróneo de la ley que le impulsa a establecer en su articulado multitud de trabas procesales innecesarias, pero no era indispensable, a la hora de acordar una excepción, *con estas diligencias para mejor proveer*, prescindir en absoluto de cualquier fiscalización que la parte pudiera ejercer sobre el órgano jurisdiccional”<sup>216</sup>, (la cursiva es nuestra). Opinión que compartimos pues lo que explica es que no se entiende que pese al recelo que pueda ocasionar la intervención de oficio del juez, justamente se anule la posibilidad de recurso contra la misma a través de las partes, para el autor, inadecuadamente.

No se entiende cómo el legislador esperó cien años para dar soluciones a los problemas planteados por la doctrina, que como veremos posteriormente comenzaron a intentar solucionarse con la reforma de la Ley en el año 1984. A día de hoy observamos como la doctrina influyó positivamente en las reformas, encargándose de orientar al legislador para las futuras

---

<sup>215</sup> STS, Sala Primera, 25 de junio 1990, [RJ-1990/804], y STS, Sala Primera, 17 enero 2008, [La Ley 450/2008], donde vuelve a matizar que son “facultad exclusiva del juzgador y no de las partes”, y que “son ajenas al impulso procesal de parte y al principio dispositivo que informa al proceso, constituyendo una facultad discrecional del juzgador”.

<sup>216</sup> GUASP, J., ob. cit., pág. 163.



modificaciones que con el tiempo lograron la incorporación de las partes en su práctica, y la posibilidad de realizar valoraciones sobre la misma.

### **2.2.3. El problema del plazo para su acuerdo**

Otra de las críticas importantes que se hicieron a estas diligencias, fue que la Ley no fijó un plazo para su realización. El art. 341 establecía que ‘en la providencia se fijará el plazo dentro del cual haya de ejecutarse lo acordado para mejor proveer, y si no fuera posible el juez o la Sala cuidará de que se ejecute sin demora, expidiendo de oficio los recuerdos y apremios que sean necesarios’. La LECA dejaba el plazo al arbitrio del juez, lo que daba lugar a la aparición de abusos en la práctica pues servía para alargar la resolución del proceso, y cargar con un mayor tiempo de espera sin justificación al ciudadano; de ahí su sobrenombre, que para MAYNAR BARNOLAS será “para mejor esperar”<sup>217</sup>. Según sentencias del Tribunal Supremo, este plazo para dictar las diligencias para mejor proveer no estaba sujeto a plazo perentorio o preclusivo alguno, pese a lo que establecía el artículo 341, y por tanto eran utilizadas para suplir la preclusión del término ordinario de prueba realizándose para mejor proveer, aquellas pruebas que no pudieron realizarse en el momento oportuno.

Con esto podemos observar que a las diligencias para mejor proveer no se les otorgaba la misma naturaleza que a los medios de prueba ordinarios establecidos por la Ley, puesto que para estos, sí se estableció un plazo de realización por las partes, y en cambio para estas diligencias no. Esto supone una diferencia importante entre ambos medios de prueba, en este caso en beneficio del juzgador y que funciona en perjuicio de todos, pues los abusos cometidos dando lugar a la tardanza en dictar sentencia hacen de la justicia un

---

<sup>217</sup> MAYNAR BARNOLAS, M., ob. cit., pág. 724.

medio extremadamente lento para resolver conflictos. Si las partes están sujetas a plazo, el órgano juzgador debería estarlo también. Para MANRESA “podrán sufrir las partes el perjuicio consiguiente a la dilación que cause la práctica de la nueva diligencia pero es perjuicio es tan leve e insignificante comparado con el provecho que puede resultar de ella, que no debe tomarse en consideración para impedirla”<sup>218</sup>. Lo que está claro es que no puede quedar su práctica indefinidamente en el tiempo, y si así fuera se recurriría a los arts. 301 y 302. Estos artículos establecen que cuando no se fije término para ejecutar los medios de prueba se entenderá que se practicarán sin dilación, y su infracción dará lugar al derecho de la parte agraviada para reclamar la indemnización de perjuicios y demás responsabilidades. Y punto interesante de estos artículos es que señalan que los jueces y tribunales aplicarán la corrección disciplinaria por esta dilación, a los auxiliares y subalternos sin necesidad de que sea pedida por las partes, y en el caso de que no lo llevaran a efecto incurrirían ellos también en responsabilidad. El Tribunal Supremo a través de la sentencia anterior establece por tanto que, las diligencias para mejor proveer corresponden a la discrecional y propia iniciativa de los jueces y tribunales, por lo que, o entraba en juego una reforma que acabase con las dilaciones abusivas estableciendo un plazo para practicarlas, o el órgano juzgador seguiría utilizando esta discrecionalidad que el texto legal le otorgaba para manejar el proceso según mejor le conviniese. Para VICENTE Y CARAVANTES “es tan injusta una sentencia donde no se respeta la defensa en juicio por rápida que la decisión sea, como la tardía solución de los conflictos”<sup>219</sup>. MAYNAR BARNOLAS señala en cuanto al posible alargamiento del plazo de resolución que “prefiero una buena sentencia a una sentencia rápida, no doy demasiada importancia a ese posible inconveniente de las

---

<sup>218</sup> MANRESA Y NAVARRO, J.M., ob. cit., pág. 68.

<sup>219</sup> VICENTE Y CARAVANTES, J., ob. cit., pág. 121.

providencias para mejor proveer”<sup>220</sup>. Compartimos la opinión de que una sentencia no debe ser dictada con rapidez pues el órgano debe meditarla y para eso requiere de tiempo, pero entendemos que es deber del mismo hacerlo dentro de un plazo razonable.

El legislador debía volver a analizar uno a uno los puntos de controversia, y dejarlos mejor establecidos a través de una reforma, puesto que en la práctica estaban teniendo lugar situaciones distintas dependiendo del órgano judicial asignado, que lo que al final generaba era inseguridad para los particulares. Un proceso no puede depender del órgano que lo juzgue, y de la interpretación que él haga de las normas, éstas deben tener el mismo tratamiento en todos los casos. Y en el supuesto de que una ley pueda dar lugar a dudas sobre determinados aspectos, necesita que el legislador actúe con prontitud y no deje pasar años de abusos que los justiciables han soportado sin posibilidad de queja. Aunque el art. 361 prohíbe que jueces y tribunales aplacen y dilaten las resoluciones de las cuestiones discutidas, solo podrá demostrarse dicha negligente actuación cuando sobrepase de manera excesiva el tiempo dado para dictar sentencia, y al ser discrecional su establecimiento por el juzgador, parece difícil que la parte pueda demostrar dicho abuso, pues aquel argumentará que la tardanza estaba justificada de alguna manera. Y esto de alguna manera cuenta con el respaldo de la jurisprudencia que la califica como una facultad absolutamente discrecional sobre la que va a existir poco debate, a no ser que sea de notable manifiesto el abuso al que se ha sometido a la parte. ‘¿No existen reglas morales que obliguen a ser veraz, a no causar daño, a no actuar dolosamente, a no utilizar los medios procesales como instrumento de dilación...?’<sup>221</sup>.

---

<sup>220</sup> MAYNAR BARNOLAS, M., ob. cit., pág. 726. Como expresa el autor, “la diligencia en la administración de justicia es para mí una meritísima condición; pero la rapidez, no”.

<sup>221</sup> GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, F., *Estudios jurídicos*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1978, pág. 128.

El problema del plazo podía solucionarse tal y como expuso MARISCAL LÓPEZ, quien pidió reformar la ley procesal para fijar un plazo perentorio dentro del cual, sin excusa, pretexto ni otra dilación se practicasen las diligencias para mejor proveer acordadas<sup>222</sup>.

#### **2.2.4. Forma que adopta el acuerdo de las diligencias para mejor proveer**

Respecto a la forma que tenía que tomar la resolución por la que se acordaban las diligencias para mejor proveer era la de simple providencia, por lo que el Juzgador no estaba obligado a exponer los motivos razonados que explicasen el porqué de su adopción, y además como expresamente fijaba la Ley, no cabía la posibilidad de recurso alguno. Como señala MAYNAR BARNOLAS la imposibilidad de recurso es inexplicable pues las razones solo se encuentran como han señalado numerosos autores por economía procesal, exponiendo que “si por economía procesal entendemos *no gastar, ahorrar*, evidentemente los recursos no son económicos, porque requieren consumo de esfuerzo, de tiempo y de dinero. En este sentido la mayor economía procesal sería no litigar; como en otro orden ir descalzo”<sup>223</sup>. Para la doctrina sería más adecuado que revistiese la forma de auto para que así, por un lado el juzgador tuviese que exponer y fundar los razonamientos por los que había considerado necesaria su práctica, y porque así las partes podían recurrir dicho auto en

---

<sup>222</sup> Para este autor el plazo no debería ser nunca superior a la mitad del fijado en la ley para el periodo probatorio de los litigantes en cada clase de procedimiento. Esta reforma quedaría de la siguiente manera, para el juicio ordinario de mayor cuantía sería un plazo no superior a quince días, pues otorga un plazo de treinta días para practicar prueba; para el de menor cuantía, no superior a diez días, pues establece veinte días para practicarla. Aunque nosotros entendemos que siempre sería mejor establecer un único plazo aplicable a todos los procesos de forma general, con el que se evitasen confusiones. MARISCAL LÓPEZ, J., “Providencias para mejor proveer” en Revista de Derecho Procesal, año 1947.

<sup>223</sup> MAYNAR BARNOLAS, M., ob. cit., pág. 724. Continúa explicando que “el concepto de lo económico no puede separarse del fin que cada uno se propone: en el litigante, la declaración y amparo de su derecho: en el hombre civilizado ir calzado. Y como para conseguir tales fines hay que gastar, se gasta- si se puede porque *ad impossibilia nemo tenetur*- lo preciso, y solo y todo lo imprescindible para alcanzar el fin”.

caso de no estar de acuerdo. Para MANRESA “las dicta el juez para su instrucción y solo con el objeto de ilustrar su conciencia judicial, sin consideración a los litigantes, y en un periodo del juicio en que éstos nada pueden hacer, y está reservado a aquel exclusivamente para estudiar los autos y dictar el fallo”<sup>224</sup>. Compartimos la opinión de Manresa en cuanto a la finalidad exclusiva de las diligencias que es servir al juzgador, pero discrepamos en cuanto a que las partes no puedan mostrar su disconformidad puesto que, aunque dicho recurso no sea vinculante para el órgano, sin embargo sí puede ser en algunos casos efectivo para hacer replantear al juez la conveniencia de dicha práctica de prueba.

En principio esta providencia que acordaba la práctica de dichas diligencias debía ser notificada a las partes, pero de no ser así, esta falta de notificación no constituía vicio esencial de forma a efectos de recurso de casación basado en la existencia de indefensión. Así lo entendía la jurisprudencia que argumentaba que la explicación se encontraba en que, al recoger la Ley que las partes no tenían intervención en su práctica, el que no les fuese comunicado que se iban a practicar diligencias para mejor proveer no les causaba indefensión, puesto que no iban a poder intervenir de todas formas<sup>225</sup>. Señala ORMAZÁBAL SÁNCHEZ que “habría indefensión o lesión del derecho de defensa siempre y cuando alguien viera perjudicadas sus oportunidades de alegación o prueba, cuando todas aquellas oportunidades se negasen o ignorasen de forma absoluta”<sup>226</sup>. La aparición de indefensión nacería en la no intervención misma de las partes, pero tal y como estaba articulada la Ley, todavía no se configuraba como un requisito obligatorio y por tanto no se producía indefensión. Además la jurisprudencia las

---

<sup>224</sup> MANRESA Y NAVARRO, J.M., ob. cit., pág. 64.

<sup>225</sup> STS 2 marzo 2004, [RJ-2004\804] expone que “no pueden ser tachadas de inconstitucionales al no contradecir las garantías del art. 24.1 de la Constitución Española”, al pretender argumentar la parte que vulneran su derecho de defensa.

<sup>226</sup> ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., ob. cit., pág. 136.

consideraba un acto de prueba dirigido a la formación de la convicción del juzgador interesándole solo a él su resultado, lo que le llevaba a considerar que las partes no tenían razón en participar de lo actuado. PRIETO CASTRO propuso la posibilidad de que pudiese tener lugar un recurso de reposición contra la providencia por la que se acordasen, y de una apelación cuando una de las partes considerase que se había suplido la negligencia de la otra. En la jurisprudencia se repite continuamente que no hay posibilidad de recurso de reposición, ni de recurso de casación por infracción de la ley o doctrina legal, ni tampoco por quebrantamiento de forma, pues ésta no existe en las formalidades del juicio, ni se deja a las partes en indefensión. Cualquiera que sea el resultado de las actuaciones no podrá ser objeto de casación de ninguna manera<sup>227</sup>. Debemos señalar que en Sentencia de 11 de marzo de 2002, [La Ley 4169/2002], el Tribunal Supremo expone que “no obstante tal doctrina no es aplicable en aquellos supuestos en que el Juzgador de instancia desatiende la función y finalidad que a dichas diligencias asigna la ley que no es otra sino la de que por el órgano jurisdiccional se adquiriera un conocimiento exacto de aquellos hechos que, sirviendo para fundamentar el fallo, se estime que han quedado confusos”<sup>228</sup>. Debemos completarlo con la Sentencia de 1 de febrero de 2000, [La Ley 5005/2000], en la que se recoge que para introducir diligencias para mejor proveer los requisitos deben ser cumplidos, “pero su

---

<sup>227</sup> STS 20 noviembre 1989, [RJ Aranzadi 8198/1989], que expone que “la decisión sobre la práctica de estas diligencias... queda al arbitrio discrecional del juzgador, sin que el ejercicio que el mismo haga de esta facultad sea controlable en casación”, STS 27 de noviembre de 1991 [RJ Aranzadi 8417/1991] al decir que “al ser facultad soberana del mismo el acordarlas o no, y por ello se trata de una facultad que no es susceptible de contrario en vía casacional, pues el hecho de no acceder el Magistrado a la solicitud del que se realizasen tales diligencias de prueba formulada por una de las partes, ni implica, en modo alguno, denegación de prueba, al tratarse, como decimos, de una facultad exclusiva y propia de dicho Juzgador de instancia”, y STS 17 junio 1996 [RJ 1996\5071] establece “las diligencias para mejor proveer pertenecen en exclusiva a la soberanía de la instancia sin que pueda censurarse casacionalmente la no concesión de tales diligencias”.

<sup>228</sup> En dicha sentencia efectivamente el Tribunal Supremo entiende que la diligencia para mejor proveer que se acordó causó indefensión a la parte porque no se encuadraba en los presupuestos del art. 340, y lo que hizo el Tribunal fue suplir la inactividad de la actora que tenía que probar la personalidad de los actuantes en nombre de su empresa, en un determinado hecho. De esta forma el Tribunal casa y anula la sentencia declarando nulidad de actuaciones y reponiéndolas justo al momento anterior a dictar dicha providencia. Luego es esta sentencia de relevancia puesto que frente a la irrecurribilidad inicial de estas diligencias, lo cierto es que si efectivamente el Juzgador hace un uso abusivo de las mismas nos encontraríamos ante un motivo de casación por indefensión claramente argumentado.

incumplimiento constituye una irregularidad procesal que solo en casos extremos puede ser tenida como esencial (art. 1692.3) y en casos muy extremos puede dar lugar a indefensión (que exige la misma norma para fundar el motivo de casación)". Luego en principio estas diligencias no son recurribles salvo "un ejercicio abusivo de este medio procesal excepcional" [La Ley 68693/2008], que conduzca a una indefensión de la parte teniendo en cuenta que el Alto Tribunal establece igualmente cuando se aceptará que dicha indefensión ha tenido lugar. Así en Sentencia de 2 de febrero de 2007, [La Ley 1501/2007], señala que "la indefensión relevante a los efectos constitucionales tiene que ser material, real y efectiva, pues no es un concepto formal o retórico, de tal modo que, corresponde a la parte justificar la realidad de la indefensión, y relacionarla con el caso concreto y los términos del debate: lo que además, es obligación general en todo recurso de casación"<sup>229</sup>. Como explica MARTÍN OSTOS no importa la naturaleza que se atribuya a las diligencias para mejor proveer puesto que aunque se las considerase medidas de prueba, la LECA afirma en su texto que el acuerdo por el que se admita un medio de prueba no tendrá posibilidad de recurso<sup>230</sup>. Así encontramos en el texto legal que según su art. 567, "contra las providencias en que se otorgue alguna diligencia de prueba, no se dará recurso alguno". Por tanto, si se las consideraba facultad discrecional no vulneraban ningún precepto legal pues al no estar obligado el juzgador por ésta, no quebraba ninguna regla esencial del procedimiento. Además, el hecho de que el juzgador no utilice medios para

---

<sup>229</sup> Continúa la sentencia explicando que "no basta acudir a genéricas y vagas argumentaciones sobre la pérdida de oportunidades procesales, pues, en todo caso una cosa es la indefensión formal (pretendida), y otra la indefensión material y efectiva, solo siendo esta última la que posee relevancia constitucional y es merecedora de protección jurisdiccional". En esta misma sentencia encontramos cita de la Sentencia del Tribunal Constitucional, [La Ley 13516/1994], donde expone que la indefensión se concibe como una negación de la tutela judicial efectiva, y ha de ser "algo real, efectivo y actual, nunca potencial o abstracto, por colocar a su víctima en una situación concreta que le produzca un perjuicio, sin que le sea equiparable cualquier expectativa de un peligro o riesgo", y continúa diciendo que "no basta, pues, la existencia de un defecto procesal si no conlleva la privación o limitación, menoscabo o negación, del derecho a la defensa en un proceso público con todas las garantías en relación con algún interés de quien lo invoca".

<sup>230</sup> MARTÍN OSTOS, J., ob. cit., pág. 123. Añade el autor que "si se consideran como medios de pruebas nos atenemos a que la LEC (LECA), que afirma el carácter inapelable del acuerdo en que se admita un medio probatorio. Si, por el contrario, las consideramos exclusivamente como una facultad discrecional del juzgador, es obvio que no se vulnera con su ejercicio ningún precepto legal". La cursiva es nuestra.

comprobar la verdad no va a dar origen a reclamación alguna por la parte, ya que el acuerdo de estas diligencias no puede ser solicitado por éstas. Y por último, al ser el artículo 340 de carácter procesal, parece que tampoco dejaba abierta la posibilidad de casación por infracción de ley, ni por quebrantamiento de forma pues no producen indefensión. Parece que el único caso en el que cabría recurrir para solicitar la nulidad de su acuerdo sería cuando el juzgador acordase una prueba no permitida por la Ley, como sería la adopción de la testifical. La providencia seguiría sin poder recurrirse, pero lo que se haría sería invocar dicha nulidad cuando la sentencia sí pudiera recurrirse. El órgano superior *ad quem* conocerá entonces de la apelación de la sentencia pero no de la medida que se acordó a través de las diligencias para mejor proveer, y éste podía tenerlas o no en cuenta, así como solicitar otras que considerase oportunas para el caso.

#### **2.2.5. Efectos del acuerdo de una diligencia para mejor proveer**

Los efectos del acuerdo de las diligencias para mejor proveer eran en primer lugar, la suspensión del plazo para dictar sentencia como así recogía el art. 342: “en estos casos quedará en suspenso el término para dictar sentencia desde el día en que se acuerde hasta que sea ejecutada; y luego que lo sea, en el plazo que reste se pronunciará la sentencia o el auto que corresponda sin nueva vista”. Esta era una consecuencia lógica si se tiene en cuenta que la finalidad de dichas diligencias era que el juzgador obtuviese un mayor conocimiento del caso para dictar mejor resolución, por lo que el hecho de dictar sentencia debía esperar a que despejara sus dudas. El problema de este efecto fue que como hemos visto, la Ley no fijó plazo para llevarlas a cabo por lo que el juzgador podía retrasar su práctica el tiempo que estimase pertinente, lo que conllevaba el quebrantamiento de una justicia rápida y eficaz. En segundo lugar, tras la realización de las diligencias se reanudaba el



plazo para dictar sentencia lo que quería decir que, no se abría nuevo plazo de veinte días sino que el plazo era el que restaba de los días que quedaban cuando se acordó su práctica, que en algunos casos quedaba escaso.

Por último señalar que no solo serán los arts. 340, 341 y 342 aquellos donde nos encontremos a las diligencias para mejor proveer, sino que la LECA las recogió también dentro de otros preceptos de su regulación<sup>231</sup>.

## **2.2.6. Valoración crítica y propuestas de reforma**

Por todos estos aspectos es por lo que esta institución ha recibido numerosas puntualizaciones, que no obstante han coexistido con el reconocimiento de su trayectoria histórica y su implantación en Iberoamérica. Las críticas más comunes que centraron el debate doctrinal fueron cuatro: la primera, trataba sobre si estas diligencias suponía una ruptura al principio dispositivo dentro de un ordenamiento que lo señalaba como base directriz; la segunda, era la no existencia de un plazo para su acuerdo, la tercera se

---

<sup>231</sup> Efectivamente las diligencias para mejor proveer podíamos encontrarlas en otros artículos de la LECA, y así vemos como el art. 507 dentro del apartado sobre presentación de documentos señala que no se admitirá ninguno tras la citación para sentencia, devolviéndolos el juez a la parte, pero “sin perjuicio de la facultad que para mejor proveer concede a los Jueces y Tribunales el artículo 340”. El art. 630 al tratar del dictamen de peritos señala que “cuando el juez lo crea necesario podrá hacer uso de la facultad que le concede el art. 340, y acordar para mejor proveer, que se practique otro reconocimiento o se amplíe el anterior por los mismos peritos o por otros de su elección”. En la regulación que la Ley hace ‘De las apelaciones de sentencias definitivas dictadas en pleitos de mayor cuantía’, encontramos que el artículo 874 establece que “cuando la Sala estime necesario acordar para mejor proveer, alguna de las diligencias que permite el artículo 340, quedará en suspenso el término para dictar sentencia”. Dentro de la regulación de los juicios de testamentarias, el art. 1.117 señala que “antes de dictar sentencia el juez podrá acordar, para mejor proveer, el cotejo de algún documento cuya eficacia pueda ser dudosa, o que se traiga a los autos cualquier otro que estime necesario”. En el Título XX de la LECA se establece la regulación dedicada a los interdictos, y concretamente al disponer las normas para el interdicto de obra nueva, el art. 1.667 establece que “podrá el juez acordar para mejor proveer, la inspección ocular de la obra, para lo cual si lo estima necesario nombrará un perito”. Resulta interesante observar cómo en este artículo la Ley sí establece un plazo para su práctica: “esta diligencia, que habrá de practicarse dentro de los tres días siguientes al de la celebración del juicio”. Y es todavía más curioso puesto que encontrándonos en un juicio verbal, la regulación del art. 340 establecía que para la práctica de las diligencias para mejor proveer el plazo sería el que se estableciese para la práctica de la prueba dependiendo del juicio en el que tuviesen lugar, que en este caso sería de doce días, pues así lo recoge el art. 733 para la práctica de prueba en el juicio verbal. Sin embargo este artículo 1.667 dice que se realizarán en tres días, y es más, añade “a no exigir mayor dilación alguna causa insuperable”, rebajando en nueve días la práctica de dicha prueba lo cual no cabe duda que era satisfactorio para los justiciables.

centraba en la no intervención de las partes en su práctica, y por último la imposibilidad de interponer recurso contra ellas.

Correctamente utilizadas, esto es, utilizadas únicamente para adquirir certeza por el juzgador, estas diligencias nos parecían necesarias por dos razones; en primer lugar para las propias partes, que acudían al proceso civil en busca de solución a la contienda que presentaban esperando una resolución que sea lo más justa posible, y en segundo lugar, porque la comunidad también espera que la Administración de Justicia actúe de manera eficaz y ajustada a Derecho, pues el proceso civil aun con objeto privado, tendrá una trascendencia de carácter público.

Algunos autores se atrevieron a aventurar las modificaciones recomendables, a día de hoy reformas realizadas, como recoge PICÓ I JUNOY<sup>232</sup>. Las reformas planteadas fueron:

- La intervención de las partes, que es discrecional del juzgador debería modificarse y hacerse obligatoria para que puedan valorar el resultado de la prueba realizada a través de las diligencias, y debe hacerse por escrito.
- En cuanto a los medios probatorios, entendieron que debería homogeneizarse y permitir al juez la práctica de la prueba sobre todos los medios probatorios que puedan usar las partes, incluso la testifical, con las limitaciones oportunas.
- Respecto al plazo para su práctica es fundamental fijar uno, ya sea el de los medios ordinarios de prueba u otro, pero es necesario pues en la práctica uno de los malos usos ha sido precisamente la prolongación del tiempo de término del proceso, por esta ausencia de plazo en la Ley.

---

<sup>232</sup> PICÓ I JUNOY, J., ob cit., pág. 217 y ss.

Este ha sido uno de los puntos más discutido, pues en la práctica su uso se transformó en una institución que lo único que hacía era alargar el momento de dictar sentencia.

- En cuanto a la imposibilidad de recurso también entienden conveniente una modificación, pudiendo en lugar de acordarse por providencia que se hiciese por auto, y así de esta manera además de fundamentar el porqué ha decidido acordarla el juzgador, la parte tendría la posibilidad de recurso. Como puntualiza PRIETO CASTRO, un recurso de reposición primero, y la posibilidad de apelación después<sup>233</sup>.

En páginas posteriores observaremos cómo estas propuestas fueron tomadas en consideración, y de esta forma se realizó una reforma en el año 1984, que a nuestro juicio, introdujo mejoras favorables en la práctica de esta institución.

## **2.3. Las diligencias para mejor proveer en otros cuerpos legales.**

### **2.3.1. Jurisdicción contencioso-administrativa.**

A diferencia de los órdenes civil y laboral, en el procedimiento contencioso-administrativo regido por la Ley 29/1998 de 13 de julio encargada de regular la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se recoge la doble iniciativa probatoria en sus arts. 60 y 61. Estos artículos fueron prácticamente trasladados de la anterior regulación de la jurisdicción contencioso-administrativa mediante ley de 27 de diciembre de 1956, que los recogía en los artículos 74 y 75, que estuvieron vigentes hasta el 14 de diciembre de 1998. En ningún apartado se hace referencia específica a la

---

<sup>233</sup> PRIETO CASTRO, L., *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1968, pág. 377. Señala el autor que “a) primeramente, el remedio [recurso] de reposición, y b) contra la resolución que acerca de la solicitud de reposición recaiga se concede la apelación dentro de los tres días.

denominación de diligencias para mejor proveer, sino que se referirá a diligencias probatorias a diferencia de la jurisdicción civil que aun sin denominarlas tampoco específicamente como tal, sí expresaba que eran ‘para mejor proveer’. El art. 60 al tratar del recibimiento el pleito a prueba, en su párrafo quinto establece que “las Salas podrán delegar en uno de sus Magistrados o en un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, la práctica de todas o algunas de las diligencias probatorias, y el representante en autos de la Administración podrá a su vez delegar en un funcionario público de la misma, la facultad de intervenir en la práctica de pruebas”. En el artículo 61 se señala que “el juez o Tribunal podrá acordar de oficio el recibimiento a prueba y disponer la práctica de cuantas estime pertinentes para la más acertada resolución del asunto”, para añadir que “finalizado el periodo de prueba y hasta que el pleito sea declarado concluso para sentencia, el órgano jurisdiccional podrá también acordar la práctica de cualquier diligencia de prueba que estime necesaria”. Para GIMENO SENDRA, MORENO CATENA Y SALA SÁNCHEZ “la potestad de acordar la práctica de diligencias de prueba contemplada en el art. 61 tiene doble vertiente: el acuerdo de oficio de recibir el pleito a prueba, cuando no haya sido solicitado por las partes (...), y que incluye obviamente la decisión de practicar aquellas pruebas que el órgano judicial estime necesarias, y por otro el acuerdo del Juez o Tribunal de practica cualquier diligencia de prueba que estime necesaria, una vez concluido el periodo probatorio y hasta que el pleito sea declarado concluso para sentencia”<sup>234</sup>. Este artículo es notorio puesto que establece la posibilidad de que el juez acuerde pruebas tanto en la vista, como después de ésta, lo que viene a agrupar dentro del mismo precepto a ambos supuestos con naturalidad. Además hay que señalar que concede intervención a las partes a través del punto tercero del art. 60 cuando establece que “las partes tendrán

---

<sup>234</sup> GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V., Y SALA SÁNCHEZ, P., *Derecho Procesal Administrativo común*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A, Madrid, 2004, pág. 112.

intervención en las pruebas que se practiquen al amparo de los dos apartados anteriores”, que es uno de los obstáculos con el que en el proceso civil se encontraban dichas diligencias. Entonces la pregunta era, si se estaba realizando en otra jurisdicción con resultados satisfactorios, ¿por qué no se trasladó al ámbito civil hasta la reforma de 1984? Cabe señalar igualmente la previsión que el apartado cuarto del art. 61 establece de cara a las partes, dejando establecida una previsión del todo acertada puesto que permite a la parte que no ha podido estar presente en la práctica de prueba, realizar una valoración una vez que el órgano le notifica los resultados dentro del plazo de tres días, lo que nos parece una regulación positiva y satisfactoria.

Estos artículos otorgan al juez unas amplias facultades similares a los procesos civiles no dispositivos, donde los límites a la práctica de las pruebas son solo su pertinencia. Pero sin olvidar, del mismo modo que señalaba la jurisprudencia en el ámbito civil, que la base e inspiración de las diligencias para mejor proveer, debe ser entendida como que no son un medio para suplir deficiencias de las partes: “la prueba para mejor proveer, decisión ésta para la que la Sala es soberana de acordarla ó no, y por medio de la cual no se puede suplir la actividad procesal de ninguna de las partes”<sup>235</sup>.

Como recoge ABEL LLUCH a raíz de una Sentencia dictada por el Tribunal Supremo del año 1998, Sala de lo Contencioso-Administrativo, [CENDOJ: 28079130041998100205], ‘esto no significa que exista una obligación o carga del tribunal para suplir las insuficiencias probatorias de la parte sobre la que pesa realmente la carga de la prueba’<sup>236</sup>, se entiende que lo que no puede, al igual que ya se advertía en el proceso civil es desequilibrar la

---

<sup>235</sup> STS Sala Tercera, 2 de noviembre de 2004, [La Ley 228837/2004].

<sup>236</sup> ABEL LLUCH, X., ob cit. pág 84.

contienda procesal de las partes. Sobre este punto existe al igual que ocurría en el proceso civil numerosa jurisprudencia que aclara cual es la finalidad de dichas diligencias, como la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 2 de noviembre de 2004, [LA LEY 228837/2004], que señala que “las diligencias para mejor proveer, a que se refería el art. 75 LJ, que no están establecidas para suplir la falta de actividad procesal de las partes en el trámite de prueba, ya que las mismas no constituyen un derecho de las partes sino una facultad del Tribunal de manera que su previsión legal no puede servir para desplazar al Tribunal la carga de la prueba”<sup>237</sup>.

Por lo tanto, la finalidad de esta facultad calificada como excepcional, y los supuestos donde puede hacerse uso van a ser: en primer lugar, como remedio para poder subsanar la brevedad del plazo establecido para la proposición y práctica de las pruebas, porque no haya dado tiempo a practicarlas. En segundo lugar, para completar el material probatorio cuando se aprecie la imposibilidad de la partes a quien le incumbiría proponerla. En tercer lugar, para cuando las pruebas estén en poder de la Administración y ésta, de forma arbitraria se niega a facilitarlas o las facilite incompletas<sup>238</sup>. La razón la encontramos puesto que en este supuesto había una clara desigualdad procesal que debía solucionarse de alguna manera, y que bien podía ser encargando al órgano juzgador que solicitase dichos expedientes a través de diligencias para mejor proveer.

El uso de diligencias para mejor proveer como vuelve a señalar la jurisprudencia acertadamente, sirve para aquellos casos donde los hechos no han quedado suficientemente claros, y el juzgador debe a través de su solicitud despejar sus dudas “para cargarse de razón, o sea para estar en

---

<sup>237</sup> En esta misma línea tenemos prueba SSTs, Sala de lo Contencioso-Administrativo de 22 de febrero de 1994, 16 de septiembre de 1995, 7 de septiembre de 1997 y 13 de octubre de 1999.

<sup>238</sup> ABEL LLUCH, X., ob. cit., pág. 85.

condiciones de eliminar -hasta donde es humanamente posible- el error en la apreciación de la prueba”<sup>239</sup>. En nuestra opinión parece acertada esta Sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 3 de abril de 2001, puesto que crítica por el contrario la actuación del juzgador, que sobrepasó lo que entiende por discrecionalidad. En ésta, el tribunal de instancia a la vista de un documento mediante el que se pretendía incluir la firma de una de las partes, sabiendo que efectivamente no era la auténtica firma pues un dictamen pericial así lo hacía ver, desautorizó dicho dictamen argumentando razones que a lo largo su sentencia el Tribunal Supremo califica de ‘pirueta hermenéutica, inaceptable, ininteligible, incoherente’. Señala el Alto Tribunal que, “se ha hecho un uso ilícito (por parte del tribunal de instancia) de su potestad de arbitrio al desautorizar esa prueba (...), la facultad que tiene el Tribunal de acordar para mejor proveer la práctica de una prueba, aunque discrecional es también controlable, porque discrecionalidad no es arbitrariedad, y el art. 9.3 CE veta la arbitrariedad a todos los poderes públicos”. Lo cual es a nuestro juicio de gran importancia pues la facultad de acordar dichas diligencias como dice, si bien es discrecional pudiendo hacer uso o no de ella el juzgador, ante una evidencia de necesidad de prueba y además sabiendo lo que le falta, no puede ampararse en esa discrecionalidad y no adoptarlas, pues caería entonces en la arbitrariedad al tomar decisiones que se encontrarían regidas ‘por la voluntad o capricho sin sujeción a la justicia o a la razón’<sup>240</sup>, y lo que es más grave, atentando contra la objetividad con la que la Administración debe tratar a los administrados, como así lo establece el art. 103 de la Constitución. De esta forma, como señala GONZÁLEZ PÉREZ si el acuerdo de estas diligencias vulnera aspectos esenciales del juicio de forma

---

<sup>239</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2004. [LA LEY 228837/2004]

<sup>240</sup> Enciclopedia Larousse 2004. STS Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de fecha 3 de abril de 2001, [CENDOJ 28079130052001100316]

que produzca indefensión, a tenor del art. 88.1, cabe el recurso de casación<sup>241</sup>.

En el proceso contencioso-administrativo no hubo límite en cuanto a los medios de prueba que podían acordarse como diligencia para mejor proveer, y por tanto nunca se estableció lista cerrada como en el proceso civil. Y en el ámbito contencioso-administrativo también a diferencia respecto del civil, sí quedó prevista la intervención de las partes de manera concreta, no como en la LECA que lo dejaba a la discrecionalidad del juzgador, hasta que se hizo la reforma del año 1984. De esta forma el art. 61.3 establece que “las partes tendrán intervención en las pruebas que se practiquen al amparo de lo previsto”, y en su párrafo cuarto señala que “si el juez o Tribunal hiciere uso de su facultad de acordar de oficio la práctica de una prueba, y las partes carecieran de oportunidad para alegar sobre ello en la vista o en el escrito de conclusiones, el resultado de la prueba se pondrá de manifiesto a las partes, las cuales podrán en el plazo de tres días, alegar cuanto estimen conveniente acerca de su alcance e importancia”. Lo que está claro es que para ambos cuerpos legales se trata de una facultad discrecional del juez donde las partes no tienen cabida en cuanto a su solicitud: “las diligencias para mejor proveer no pueden utilizarse para suplir las omisiones de las partes, pues no constituyen un derecho de las partes sino una facultad del Tribunal”<sup>242</sup>, pero sí tienen posibilidad de intervención, que es lo que las diferenciaba en ambas jurisdicciones. Nos parece interesante cómo el Tribunal Supremo, Sala Tercera, en Sentencia de 29 de marzo de 2005, [La Ley 69827/2005], a raíz del acuerdo de una diligencia para mejor proveer una de las partes alega al

---

<sup>241</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, 3ª Ed, Ed. Civitas, Madrid, 2001, pág. 335.

<sup>242</sup> STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo de fecha 2 de noviembre de 2004, [La Ley 228837/2004]. Completa la Sala exponiendo que “en cuanto se refiere a las diligencias para mejor proveer, a que se refería el art. 75 LJ, que no están establecidas para suplir la falta de actividad procesal de las partes en el trámite de prueba, ya que las mismas no constituyen un derecho de las partes sino una facultad del Tribunal de manera que su previsión legal no puede servir para desplazar al Tribunal la carga de la prueba (SSTS 22 de febrero de 1994, 16 de septiembre de 1995, 7 de septiembre de 1997 y 13 de octubre de 1999, entre otras muchas).”



amparo del art. 88.1.c) la infracción del art. 342 de la LECA ya que no se le dio oportunidad de efectuar las valoraciones oportunas sobre un informe técnico. La parte presentó un recurso de súplica pero la Sala no lo resolvió, y es cuando el Alto Tribunal considera que “debemos anular la sentencia impugnada y reponer las actuaciones para que se resuelva el recurso de súplica”. Por otro lado, el Tribunal Supremo, Sala Tercera, [La Ley 216931/2007] señala una semejanza y es que “no son una formalidad esencial del juicio (...) por lo que su previsión legal no puede servir para desplazar al Tribunal la carga de la prueba”, lo que es aplicable en todas las jurisdicciones.

En cuanto a la forma que estas diligencias aparecen en el cuerpo legal, podemos observar como matiza el art. 61 cual será la finalidad de estas diligencias al decir que las acordará el juez cuando ‘las estime necesarias’, refiriéndose a aquellas acordadas posteriormente al acto del juicio. Luego vemos que en este artículo no aparece la denominación de diligencias para mejor proveer en concreto, que se adopta supletoriamente del ámbito civil. En el párrafo primero del art. 61 el legislador recoge que el órgano adoptará las pruebas que crea conveniente ‘para la más acertada resolución’, que es otra manera de expresar lo que en jurisdicción civil se establece ‘para mejor proveer’.

### **2.3.2. Jurisdicción Laboral**

En cuanto a la iniciativa probatoria en el sistema laboral se establecen mediante la Ley de Procedimiento Laboral, Real Decreto Legislativo 2/1995 de 7 de Julio, los principios dispositivo y de aportación, entendiendo por tanto que serán las partes las que deben traer al proceso los medios de prueba en que basen sus pretensiones. Aceptado esto, el art. 88 recoge la posibilidad del órgano juzgador de acordar diligencias para mejor proveer: “terminado el

juicio, y dentro del plazo para dictar sentencia, el Juez o Tribunal podrá acordar la práctica de cuantas pruebas estime necesarias, para mejor proveer, con intervención de las partes. En la misma providencia se fijará el plazo dentro del que haya de practicarse la prueba, durante el cual se pondrá de manifiesto a las partes el resultado de las diligencias a fin de que las mismas puedan alegar por escrito cuanto estimen conveniente acerca de su alcance o importancia”. Luego en el proceso laboral las diligencias para mejor proveer podrán acordarse dentro del plazo de cinco días que dispone el Juez para una vez terminado el juicio dictar sentencia<sup>243</sup>. Para MONEREO PÉREZ las diligencias para mejor proveer son “pruebas adicionales que el órgano judicial considera necesarias, al margen de las pruebas ya propuestas y practicadas por las partes. Se trata de un acto de aportación de prueba del juzgador”<sup>244</sup>. O como señala RIVAS VALLEJO “consiste precisamente en la práctica de pruebas que no hayan sido incluso propuestas por las partes, y en todo caso, que no han sido practicadas en el acto del juicio, como excepción a la regla general del art. 271.1 LEC”<sup>245</sup>. Además de la posibilidad de acordar diligencias para mejor proveer el art. 93 de la Ley de Procedimiento Laboral otorga no obstante cierto margen de iniciativa probatoria al juzgador, al establecer que “el órgano de oficio podrá requerir la intervención de un médico forense”, y en el art. 95 se añade que “podrá además oír el dictamen de personas expertas si lo considerase oportuno, y podrá el órgano oír o recabar informe de la comisión Paritaria del mismo”, y si estuviésemos en conflicto por razones de sexo, “podrá recabar el dictamen de los organismos públicos competentes”.

---

<sup>243</sup> Art. 97.1 LPL: “el Juez...dictará sentencia en el plazo de cinco días”.

<sup>244</sup> MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M.N., OLARTE ENCABO, S., Y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., *Manual de Derecho Procesal del Trabajo*, Ed. Tecnos, Madrid, 2008, pág. 203.

<sup>245</sup> RIVAS VALLEJO, P., en “Las diligencias finales y las diligencias para mejor proveer” dentro de *Práctica Procesal Laboral*, MARTÍNEZ GARRIDO, L.R., ARASTASY SAHÚN, M.L., Y GARCÍA PAREDES, Ed. Bosch, Barcelona, 2007, pág. 421. Señala la autora que “su finalidad es la de procurar luz sobre cuestiones que tras el acto del juicio y la práctica de prueba hayan podido quedar oscuras”.

En dicha regulación, a diferencia del proceso contencioso-administrativo, la Ley sí hace referencia a la finalidad concreta de ‘para mejor proveer’, y prevé al igual que ésta, la intervención de las partes en el caso de acuerdo de diligencias para mejor proveer que será preceptiva, como así se manifiesta en numerosa jurisprudencia. Como señala MONTROYA MELGAR “el no señalamiento de plazo para la práctica de las pruebas acordadas es causa de nulidad de actuaciones, así como no dar intervención a las partes”<sup>246</sup>. Recoge así la Sentencia 28 de enero de 2003 del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, Sala de lo Social<sup>247</sup>, [La Ley 1971/2003], la estimación del recurso presentado frente al Juzgado de lo Social nº 3 de Badajoz debido a que, tras acordar una diligencia para mejor proveer mediante la cual solicitaba un testimonio de determinados documentos de las partes, dictó sentencia sin más trámite. El T.S.J indica que, “ no se dio a conocer al hoy recurrente el resultado del mejor proveer ni le fue ofrecida oportunidad de efectuar, con relación al mismo, las alegaciones que conviniera a su derecho.. Procede, en su consecuencia, la estimación del motivo, como señala en su informe el Ministerio Fiscal, lo que debe conducir a la *anulación* de las actuaciones que se omitió el trámite de audiencia a las partes y de alegación por estas de cuanto estimaran pertinente acerca del alcance de la diligencia acordada, su indefensión resulta manifiesta y, en consecuencia, procede, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal estimar el motivo con la consiguiente nulidad que se especifica en la parte dispositiva de la presente resolución, de acuerdo con los previstos en el artículo 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial” y que “al no notificarse a la recurrente la providencia poniendo de manifiesto a las partes el documento recibido como diligencia para mejor proveer, es evidente que con ello se privó a la parte demandada de su derecho a alegar por escrito cuanto estimase por conveniente acerca del alcance o importancia

---

<sup>246</sup> MONTROYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J.M., SEMPERE NAVARRO, A., Y RÍOS SALMERÓN, B., *Curso de procedimiento laboral*, 7ªEd, Ed. Tecnos, Madrid, 2005, pág. 135.

<sup>247</sup> TSJ de Extremadura, Sala de lo Social, 28 de enero de 2003, [La Ley 1971/2003].

del documento aportado a los autos, aunque tuviese conocimiento previo del mismo por proceder de su parte, ya que de lo que se le priva es de su derecho a alegar, de acuerdo con el artículo 88 dicho, y con la indefensión que ello supone, a los efectos de los artículos 188.1.d y 190.a) de la Ley Procesal que se viene citando, en relación con el artículo 24.1 de la Constitución Española”. En la sentencia el Tribunal pretende retroceder hasta el momento en el que no se dio el trámite de intervención a las partes para que sea subsanado, sin que este error, conlleve a prescindir completamente de todas las actuaciones realizadas. En la misma línea encontramos la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, de 15 de abril de 2003, [La Ley 12882/2003], en la que a raíz de la no intervención de las partes tras un informe pericial acordado para mejor proveer, el Alto Tribunal expone que “toda vez que el informe pericial llevado a cabo por el médico forense como diligencia para mejor proveer estuvo carente de la posibilidad de intervención de las partes en la prueba pericial que mencionaba la LEC 1881, cabe la casación y anulación de la sentencia recurrida”. Para MARTÍN DE LA LEONA “lo determinante para que llegue a producirse la declaración de nulidad es únicamente la simple vulneración o quebrantamiento de un presupuesto o de cualquier otro requisito procesal, más bien, la importancia del requisito del que se hubiese prescindido, o la gravedad que tuviese la conculcación del mismo”<sup>248</sup>.

Esta posibilidad excepcional, de otorgar iniciativa probatoria de oficio, debe entenderse como igual que para las diligencias para mejor proveer de la LECA 1881, como un medio que tiene el Juzgador para reforzar su convicción sin suplir la actividad que deben realizar las partes. Así lo

---

<sup>248</sup> MARTÍN DE LA LEONA ESPINOSA, J.Mª, *La nulidad de actuaciones en el proceso civil*, Ed. Cóllex, Madrid, 1991, pág. 110.

señalan numerosas sentencias<sup>249</sup> dictadas en esta jurisdicción que las conciben como “ una facultad discrecional del juzgador acordar o no la práctica de las diligencias para mejor proveer, no existiendo para el mismo obligación alguna de acordarlas a petición de las partes, fundamentalmente por cuanto éstas vienen obligadas a comparecer a juicio con todos los medios de prueba de que intenten valerse, sin que las diligencias para mejor proveer estén previstas para suplir omisiones probatorias de las partes, sino para aquellos casos en los que el juez, no se considere suficientemente ilustrado sobre alguno de los puntos litigiosos y estime oportuno, a fin de disponer de los elementos de convicción precisos para dictar resolución, la práctica de alguna prueba adicional”. Como señalan MONEREO PÉREZ y también RIVAS VALLEJO, en la práctica las partes en algunas ocasiones las solicitan en la finalización del acto del juicio, decidiendo el Juez discrecionalmente sobre su acuerdo<sup>250</sup>. No nos parece acertado que las partes puedan intervenir de cara a intentar que el Juez acuerde estas diligencias, puesto que la iniciativa en esta jurisdicción es de oficio, y por tanto las partes deben quedar al margen en la solicitud. Esto es así porque entendemos que la petición por una parte al Juez, de que se acuerde la práctica de alguna prueba como diligencia para mejor proveer, afecta a la parte contraria que puede verse dañada por una prueba que el Juez quizá no fuera a pedir, y además haciéndolo a través de una actuación que no se encuentra regulada en la Ley de la jurisdicción Social. Consideramos acertada la opinión de REYES MONTERREAL quien señala-para todas las jurisdicciones- que “de mi experiencia judicial puedo citar varios casos en que algún abogado o procurador ha venido pidiéndome que debía acordar para mejor proveer, la traída a los autos de algún documento o la práctica de algún reconocimiento o confesión, porque a ellos ‘no les ha dado tiempo de

---

<sup>249</sup> TSJ de Cataluña, Sala de lo Social, 6 de octubre 2005, [La Ley 194013/2005]. Añade esta sentencia que es constante la jurisprudencia del Tribunal Supremo que argumenta que la negativa a realizar dichas diligencias no se puede considerar como una denegación de prueba y por tanto recurrirla para buscar un motivo de nulidad.

<sup>250</sup> MONEREO PÉREZ, J.L., y otros, ob. cit., pág. 204; RIVAS VALLEJO, P., y otros, ob. cit., pág. 423.

prepararlos’ o lo que es más descarado ‘que se les había olvidado ofrecerlo en el periodo de prueba’. Esto es intolerable de todo punto”<sup>251</sup>. Coincidimos con el autor ya que no es oportuno que frente a una regulación establecida por la Ley, en la práctica se permitan actuaciones fuera de la misma, ya que esto da lugar a que dependiendo del órgano que nos juzgue, el desarrollo del proceso pueda ser de una manera o de otra. Si las diligencias para mejor proveer no recogen la petición a instancia de parte, ésta no puede permitirse. La supletoriedad de la LEC en cuestiones de estas diligencias no puede aplicarse ya que se trata de dos figuras completamente distintas, basadas en supuestos que no pueden suplantarse pues unas recogen iniciativa de oficio, y otras iniciativa de parte. Si la jurisdicción social las toma estaría gozando de doble iniciativa para su solicitud y acuerdo, extremo que no ha sido recogido, y además hay que tener en cuenta que en las diligencias finales los supuestos están tasados, las partes no pueden solicitar cualquier diligencia, sino únicamente aquellas que previamente han sido recogidas por la Ley. Entendemos que en este caso en la jurisdicción Social las partes están sugiriendo al Juez una actuación (igual que como más adelante veremos que ocurre en el art. 429.1.II LEC solo que al contrario), cuando debería ser en todo caso recogida su actuación por el texto legal, a modo de diligencias finales, o no permitirse las mismas, porque pueden influir al juzgador en un momento en el que ya no pueden hacerlo, y con el riesgo de al no ser casos concretos de actuación, la posibilidad de intervención parece demasiado extensa. Recoge el T.S.J de Cataluña en esta línea que con base en el art. 88.1 el magistrado podrá “acordar la práctica de cuantas pruebas estime necesarias, para mejor proveer, con intervención de las partes, facultad que proviene del principio de inmediación judicial que establece el art. 74 de la propia LPL,

---

<sup>251</sup> REYES MONTERREAL, J.M., ob. cit., pág. 87. continua señalando el autor que si “se acuerda la práctica de las mismas no es porque la prueba se haya omitido por las partes, sino porque después de haber levantado cada una de ellas su onus probandi, la actividad desplegada por los litigantes no es, a juicio del juez, suficiente y esto es precisamente cosa distinta de que el juez supla la negligencia de las partes en probar”.

estando en un procedimiento en el que, aun partiendo del principio dispositivo y el principio de aportación de prueba por las partes-ar.90 LPL- se busca la verdad material de los hechos que se juzgan, no estando esta práctica limitada por lo actualmente dispuesto en el art. 435 de la LEC sobre diligencias finales, ya que esta Ley rige con carácter supletorio pero cuando la LPL tiene una regulación propia y distinta en la materia”<sup>252</sup>. Para MONTOYA MELGAR “aunque la vigente LEC ha sustituido tales diligencias para mejor proveer por unas diligencias finales, ello no afecta a lo dispuesto por la LPL, que configura así una peculiaridad del proceso laboral frente al civil”<sup>253</sup>. Es más, la propia jurisprudencia confunde ambas instituciones lo que puede inducir a error como ocurre en Sentencia del Tribunal Superior de Andalucía, Sección 2ª, de 4 de febrero de 2003, [RJ- 2003/84310], cuando recoge que: “en relación con la práctica de la prueba para mejor proveer o, si se quiere, en la terminología actual, diligencia final, ha de llegarse a la misma conclusión, ya que no es necesario advertir, porque ya quien recurre lo reconoce, que la misma también es potestativa para el Magistrado de instancia, como establece el art. 88 de la ya reiterada Ley de Procedimiento Laboral, por lo que tampoco la circunstancia de que no se acuerde puede ser causa de indefensión”. El T.S.J de Madrid, Sala de lo Social, Sección 1ª, de 18 de febrero de 2008,[LA LEY 14715/2008], se refiere a diligencias para mejor proveer para a continuación, dar a entender que actualmente se denominan diligencias finales como si se tratase simplemente de un cambio terminológico “en lo que respecta a la diligencia para mejor proveer o, si se quiere, final pedida en la vista oral”, cuando recogen supuestos completamente distintos, y fundamentalmente en cuanto a que, la iniciativa para su acuerdo en una es del magistrado únicamente, mientras en las diligencias finales es de las partes

---

<sup>252</sup> STSJ, de Cataluña, Sala de lo Social, Sección 1, de fecha 21 de enero de 2003, [CENDOJ 08019340012003107682]

<sup>253</sup> MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J.M., SEMPERE NAVARRO, A., Y RÍOS SALMERÓN, B., ob. cit., pág. 135.

como regla general, y de forma excepcional del juzgador. También puede verse cómo se diferencian ambas figuras en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Social, Sección 1ª, de 12 de julio de 2005, [JUR 2005/22880], a raíz de que el Juzgado de lo Social de Teruel tras acordar una diligencia para mejor proveer consistente en una prueba pericial, recibe de la Caja Rural de Teruel, en este recurso parte apelante, además de las alegaciones respecto a dicho dictamen pericial, su interés por practicar un interrogatorio a la perito designada de oficio por el Juzgado para dicha diligencia. Es en este momento donde el T.S.J explica que: “si bien la Ley de Enjuiciamiento Civil regula las anteriormente denominadas diligencias para mejor proveer en el artículo 435, denominándolas diligencias finales, el vigente Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, en el artículo 88, contiene normativa específica y concreta respecto a las que sigue denominando diligencias para mejor proveer. Ello implica, la inaplicabilidad total y absoluta de la norma del artículo 435 LEC como supletoria, y la aplicación directa e inmediata del artículo 88 TRLPL, al menos hasta que sea modificado o derogado, por imperativo de la norma contenida en la Disposición Adicional Primera 1 del vigente TRLPL”. Por lo tanto no puede confundirse quién tiene la iniciativa en cuanto a la solicitud de prueba, que será exclusivamente del Juzgador hasta que se decida o no modificar la legislación laboral, lo que hace que no se permita a la parte la solicitud de ese interrogatorio con las diligencias finales, puesto que aquí no tienen esa posibilidad.

En comparación con el proceso civil la regulación del proceso laboral permite igualmente la intervención a las partes, para que puedan por escrito realizar valoraciones acerca del resultado de las diligencias, gracias a las reformas que se llevaron a cabo. Pero si lo comparamos con la jurisdicción



contencioso-administrativa, ocurre igual que en la civil, que tampoco establece plazo concreto para su práctica exponiendo que se señalará en la providencia, pero la Ley no matiza cual va a ser, cuestión que hubiese sido acertada de establecer en las reformas de las tres legislaciones. También de la misma manera que ocurre en el proceso administrativo, en el proceso laboral no se establece un sistema de lista cerrada con los medios que podrán acordarse, sino que la Ley se limita a decir “la práctica de cuantas pruebas estime convenientes”. Como señala SILVA MELERO, “se trata pues de una libertad que tiene el Magistrado en orden a la posibilidad de aportar nuevas pruebas superior a la LEC”<sup>254</sup>. En el apartado segundo del artículo 88 se recoge una especialidad, y es que al solicitar la confesión judicial, si el confesante no apareciese, se permite el efecto de la ‘ficta confessio’, permitiendo a las partes las alegaciones que resulten necesarias tras la prueba. Así “si la diligencia consistiese en la confesión judicial o en pedir algún documento a una parte y esta no compareciere o no la presentare sin causa justificada en el plazo que se haya fijado, podrán estimarse probadas las alegaciones hechas por la contraria en relación con la prueba acordada”. Esta confesión judicial es una diferencia con las diligencias para mejor proveer del ámbito civil en las que como vimos, no se permite la ‘fictia confessio’ dentro de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

Respecto a la nulidad de actuaciones que se solicita en determinados recursos, al argumentar la imposibilidad de defensa que las partes han tenido tras el acuerdo de una diligencia para mejor proveer, o actualmente con las diligencias finales, cabe destacar la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de indefensión que recoge el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Social, Sección 2ª, en Sentencia de 4 de febrero de

---

<sup>254</sup> SILVA MELERO, V., *La prueba procesal*, Ed. Revista de Derecho Procesal, Tomo II, Madrid, 1964, pág. 99.

2003, [RJ 2003/84310]. Así expone que “al amparo del apartado a) del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, denuncia la recurrente infracción de los arts. 88 y 142 de la LPL, 435 y 436 de la LEC y 24 de la CE , solicitando la nulidad de lo actuado por entender que le ha causado indefensión el conocimiento del Acta de la Inspección de Trabajo a través de las diligencias finales practicadas y no con anterioridad. La nulidad de actuaciones tiene carácter extraordinario, ya que sólo procede en aquellos supuestos en los que se denuncien defectos de forma que hubieren causado indefensión. Es preciso recordar respecto de la consolidada doctrina que el Tribunal Constitucional ha elaborado sobre la noción constitucional de indefensión, tres pautas interpretativas reiteradas en numerosas ocasiones: de una parte, que "las situaciones de indefensión han de valorarse según las circunstancias" de cada caso, que la indefensión que se prohíbe en el art. 24.1 CE no nace "de la sola y simple infracción por los órganos judiciales de las reglas procesales, pues el quebrantamiento de esta legalidad no provoca, en todos los casos, la eliminación o disminución sustancial de los derechos que corresponden a las partes en razón de su posición propia en el procedimiento ni, en consecuencia, la indefensión que la Constitución proscribe", sino que, no coincidiendo necesariamente el concepto de indefensión con relevancia jurídico-constitucional con el concepto de indefensión meramente jurídico-procesal, se produce aquélla "cuando la vulneración de las normas procesales lleva consigo la privación del derecho a la defensa, con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado" ; y, por último, y como complemento de lo anterior, que el art. 24.1 CE no protege en situaciones de simple indefensión formal, pues no son tales situaciones las que en su caso deben corregirse mediante la concesión del amparo, sino en supuestos de indefensión material en los que se "haya podido razonablemente causar un perjuicio al recurrente, pues de otra manera la nulidad no haría más que dilatar indebidamente el proceso. Además, para que esa indefensión dé lugar a

la nulidad de los actos procesales es necesario la concurrencia de otros requisitos complementarios, entre los que se encuentra el de que se haya formulado protesta en tiempo y forma pidiendo la subsanación de la falta, en aplicación del principio de que nadie puede invocar una infracción por él consentida, en aras de la efectiva subsanación del defecto cuando éste se cometió, siendo un requisito tradicionalmente exigido por la jurisprudencia constitucional y social”<sup>255</sup>. Y en Sentencia del Tribunal Superior de Galicia, Sala de lo Social, de fecha 24 de junio de 2008, [LA LEY 2484/2008], se establece que “al ser facultada soberana del mismo el acordarlas o no, y por ello se trata de una facultad que no es susceptible de contrario en vía casacional, pues el hecho de no acceder el Magistrado a la solicitud del que se realizasen tales diligencias de prueba formulada por una de las partes, ni implica, en modo alguno, denegación de prueba, al tratarse, como decimos, de una facultad exclusiva y propia de dicho Juzgador de instancia”.

En nuestra opinión las partes deben intervenir, ya que la legislación laboral sí concreta en su art. 88 que se les dé audiencia, y ya no proclamar la nulidad, pero sí la anulabilidad en el caso de que no se les concediese hasta dicho momento de intervención necesaria de la parte.

#### **2.4. Primeras manifestaciones de cara a un cambio en la legislación vigente**

Fue en la década de los años 60 cuando comenzaron a escucharse las primeras voces que, con el análisis de la LECA por un lado, y la evolución que se estaba llevando a cabo a nivel internacional del proceso civil por otro, demandaron una reforma de la Ley para intentar lograr una simplificación de un articulado extenso y lleno de retoques, y solucionar los problemas que

---

<sup>255</sup> TSJ Andalucía, Granada, Sala de lo Social, Sección 2ª, 4 febrero 2003, [RJ-2003/84310]

venía acusando la legislación durante tantos años. Con esta intención se redactó la Ley de Bases del Anteproyecto de Código Procesal Civil en el año 1966, que se haría oficial en el año 1970, pero que no llegó finalmente a nada concreto. Como la necesidad de reforma estaba presente, se produjo la unión de un grupo de profesores de Derecho Procesal de las distintas Universidades Españolas que, encabezados por Prieto-Castro, y tal y como ellos expresaron, se impusieron: “la misión de corregir y actualizar la legislación para la administración de justicia, comenzando con la redacción de un ‘Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil’, para ofrecerlo a la Nación Española”<sup>256</sup>. Para estos profesores lo que debía hacerse era un perfeccionamiento de la legislación de 1881 adaptándola a las necesidades de la sociedad moderna, en lugar de una redacción nueva y de naturaleza global. Vinieron a recalcar la necesidad de establecer las cargas y responsabilidades de los sujetos que intervienen en el proceso -juez y partes-, retocando los poderes que el juez como rector del juicio ha de tener, fundamentalmente en el ámbito de las pruebas. Pero este poder de intervención, no debía extralimitarse, y por ello no compartían la acentuación que otros reclamaban de dichos poderes, puesto que como ellos mismos señalaron una participación exagerada no es deseable ya que, “los Jueces han de distribuir sus energías y su vocación de justicia en multitud de casos cada día, de modo que se haría difícil una función que exigiese demasiada e insistente participación personal de ellos”<sup>257</sup>.

En cuanto a la materia que aquí nos interesa cabe destacar, que los profesores mantienen como principio inspirador el principio dispositivo, puesto que al tratarse de derechos subjetivos debe ser el titular de los mismos el que decida sobre si hacerlos valer en juicio o no, pero dejando claro que el respeto a ese principio no impide en modo alguno, que se conceda al tribunal

---

<sup>256</sup> PROFESORES DE DERECHO PROCESAL., *Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo I, Ed. Tecnos, Madrid, 1974, pág. 5.

<sup>257</sup> PROFESORES DE DERECHO PROCESAL., ob cit, pág. 28.

la facultad de practicar las diligencias para mejor proveer que le ayuden al descubrimiento de la verdad. Lo que los profesores hicieron fue corregir en un intento de clara mejora los arts. 340, 341 y 342, en diversos puntos. Así, pensaron que el tribunal debía hacer constar sobre qué términos del caso existía duda, permitiendo el acuerdo de todo tipo de diligencias con las únicas limitaciones en cuanto a lo que respecta a la testifical para evitar excesos. De esta forma el juzgador podía examinar a aquellas personas que no pudieron ser oídas pero fueron propuestas en tiempo y forma, y todo ello siempre que no se deba por supuesto a causas imputables a las partes. Defendieron la intervención de las partes una vez realizada la prueba para poder, de esta forma, exponer por escrito sus valoraciones sobre la misma, y resolver así la situación que se había estado produciendo de que el tribunal realice la diligencia sin tenerlas en cuenta, obviando en consecuencia el principio de contradicción. En cuanto al plazo para dictar sentencia para los casos en los que tenga lugar un acuerdo de diligencias para mejor proveer, el art. 342 de la LECA, señalaba que “quedará en suspenso el término para dictar sentencia desde el día en que se acuerde la providencia para mejor proveer, hasta que sea ejecutada; y luego que lo sea, en el plazo que reste se pronunciará la sentencia o el auto que corresponda sin previa vista”. Los profesores propusieron en cuanto a la redacción del artículo esta corrección: “el plazo para dictar sentencia quedará suspendido desde el día en que se hubiese dictado la providencia para mejor proveer, y evacuada, en su caso, la audiencia antes expresada-(se otorgarán cuatro días para que las partes puedan presentar sus valoraciones)- aquélla será pronunciada dentro de los días que resten del plazo, ampliado por la mitad de los que se componga”. Esta previsión fue del todo acertada a nuestro juicio, pues hay que tener en cuenta que al juzgador podrían quedarle pocos días para hacer sus propias valoraciones del juicio después de la práctica de dichas diligencias, y lo que se pretendía con el cambio era dotarle de tiempo suficiente para ello, porque

como matizan es “el personaje principal y el destinatario único de los resultados probatorios”<sup>258</sup>. Aún considerando positiva la corrección, entendemos que puede resultar confusa puesto que el plazo de ampliación, no queda claro si será del tiempo que le reste al juez para dictar sentencia, o se trata de darle la mitad del plazo total que la Ley establece para elaborarla.

## **2.5. La Reforma del año 1984**

En el año 1984 se llevó a cabo una reforma urgente a través de la Ley 34/1984 de 6 de agosto, la cual se encargó de introducir una serie de modificaciones que incluyeron importantes mejoras en la antigua regulación de las diligencias para mejor proveer. Una de las reformas que se hizo fue sobre la prueba de testigos, donde pasó a incluirse un nuevo párrafo en el artículo 340, concretamente el cuarto, que permitía “examinar testigos sobre hechos de influencia en el pleito siempre que su nombre constase en autos, aunque fuera por alusiones de las partes u otros intervinientes”. Se incorporó esta diligencia que había estado excluida durante más de cien años por la desconfianza que despertaba, al pretender dar primacía al hecho de que en el caso de que hubiese necesidad de una intervención de oficio, ninguna prueba podía quedar descartada y dejarse fuera del juzgador. Al órgano por tanto se le permitía el uso de los medios de prueba al completo, siendo él mismo quien iba a decidir cual le resulta el más adecuado para afianzar su convicción. El límite en esta prueba la Ley lo deja claro y es que, los nombres de las personas a llamar como testigos consten previamente en autos, ya sea a través de las partes o de otras personas que interviniesen en el juicio. Este límite es fundamental porque las diligencias para mejor proveer están concebidas para completar la iniciativa probatoria de las partes y no para sustituirla, caso que se daría si el juez llamase a una persona que las partes no hubiesen recogido

---

<sup>258</sup> PROFESORES DE DERECHO PROCESAL, ob cit, Tomo II, pág. 51.

previamente. Como señala GIMENO SENDRA esto podría encontrar problemas en procesos matrimoniales donde quizá se quiso dejar fuera a determinadas personas que, por sus lazos familiares, se entendió que debían quedar al margen para no deteriorar la vida familiar<sup>259</sup>. Con esta inclusión de la testifical como diligencia para mejor proveer, se ponen éstas en consonancia con el art. 652 que permite al juez o tribunal “por sí mismo o a petición de las partes, pedir al testigo cuantas explicaciones crea convenientes para el esclarecimiento de los hechos acerca de los cuales hubiese sido examinado”.

A través de esta reforma, también se hizo posible que las partes interviniesen en la práctica de las diligencias, no quedando sometida dicha participación al arbitrio de lo que el juzgador dispusiese en cada caso, sino que se les daban las mismas facultades que tenían para la práctica de las pruebas ordinarias durante el periodo probatorio, quedando sujetos a las normas generales. Además se les debía comunicar la realización de la práctica de la diligencia, otorgándoles el plazo de tres días para que pudieran manifestar por escrito lo que creyesen conveniente respecto de la misma. Esta modificación acabó por tanto con el problema de la no intervención de las partes, y sobretodo con el peligro de que pudiese tener lugar la indefensión para alguna de ellas, ya que había casos en los que el tribunal condenaba a una de las partes basándose en una prueba sobre la que no había podido manifestarse la misma. Para el Tribunal Supremo, “si bien es una facultad del juez decretarlas, una vez acordadas ya han de someterse a la regulación legal, dando en ellas intervención a las partes”<sup>260</sup>. Es más, tras la reforma podemos encontrar como en Sentencia de 14 de noviembre de 1994, [La Ley 14204/1994], el Tribunal Supremo por el contrario a como sucedía anteriormente establece que “más esta dificultad de controlar en casación las diligencias

---

<sup>259</sup> GIMENO SENDRA, V; MORENO CATENA, V; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho procesal civil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 247.

<sup>260</sup> STS 31 de marzo de 1989, Centro de Documentación Jurídica del CGPJ, [CENDOJ 28079110011989100571].

para mejor proveer, no significa que escapen a dicho control cuando se niegue o impida la intervención de las partes o que pueda el órgano jurisdiccional abusar de las facultades conferidas”. Dejando ahora recogida la postura de que si en el momento antes de la reforma el tema de los recursos estaba complicado, ahora sí regula la posibilidad de la casación si a las partes no se les concede la intervención debida, lo cual, es una grata garantía para los justiciables. Al conceder intervención a las partes, la corriente doctrinal que no compartía la intervención judicial de oficio, de alguna manera vio mejorada la situación y por tanto mejor controlada la potestad del juzgador.

Con estos cambios observamos que la redacción del art. 340 a raíz de la reforma quedó de la siguiente manera:

“Después de la vista o de la citación para sentencia, y antes de pronunciar su fallo, podrán los jueces y tribunales acordar para mejor proveer:

- 1º. Traer a la vista cualquier documento que crean conveniente para esclarecer el derecho de los litigantes.
- 2º. Exigir confesión judicial a cualquiera de los litigantes sobre hechos que estimen de influencia en la cuestión y no resulten probados.
- 3º. Practicar cualquier reconocimiento o avalúo que reputen necesario, o que se amplíen los que ya hubiese hecho.
- 4º. Examinar testigos sobre hechos de influencia en el pleito siempre que su nombre constase en autos, aunque fuera por alusiones de las partes u otros intervinientes.
- 5º. Traer a la vista cualesquiera autos que tengan relación con el pleito.

Contra esta clase de providencias no se admitirá recurso alguno. En la práctica de estas diligencias se dará intervención a las partes”.



Y el art. 341 quedó redactado de la siguiente forma:

“Las diligencias para mejor proveer se practicarán dentro de un plazo no superior al establecido, en el proceso en el que se acuerden, para la práctica de la prueba. En todo caso el Juez o la Sala cuidarán de que lo acordado se ejecute sin demora y adoptarán de oficio las medidas necesarias para ello”.

Esta reforma se ocupó también de establecer un plazo para la práctica de estas diligencias, estableciendo que será el señalado para la práctica de la prueba que sea, que se encuentre fijado con carácter general para cada procedimiento. Con esto se intentó paliar el abuso de que los procedimientos se alargasen injustificadamente en el tiempo, y así el plazo establecido en cada proceso sería el regulado en los arts. 553, 554, 696, 733 y 756. Para los juicios ordinarios de mayor cuantía, “el término ordinario de prueba se dividirá en dos períodos (...) el primero de hasta veinte días para proponer (...) y el segundo de hasta treinta días para practicar”. El art. 696 para el juicio de menor cuantía establece “que el plazo para practicarla no podrá exceder de veinte días”. El art. 733 para el juicio verbal establecía que “pruebas que no sean practicables en el acto, el plazo para evacuarlas no podrá exceder de doce días”, y por último el art. 753 para incidentes señalaba que “el término de prueba en los incidentes no podrá bajar de diez días ni exceder de veinte”. Por tanto ya está claro que el plazo para su práctica era el que se establecía según el juicio en el que se acordasen pero que no será menor a diez días ni superior a treinta días. De todas formas, se siguió observando en la jurisprudencia que no respetar dicho plazo no podía dar lugar a la interposición de recurso alguno, y así recoge la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1991, [La Ley 2463-JF/000], que en

lo relativo a un caso donde se prolongó en exceso el plazo para practicar la diligencia para mejor proveer acordada, “el retraso en la práctica de una prueba, acordada como diligencia para mejor proveer, aunque suponga una irregularidad (cuyo origen según consta en el caso presente, no parece atribuible a los órganos jurisdiccionales), no puede invocarse como razón enervatoria de la eficacia del valor probatorio de la misma; de aquí, que no pueda prosperar tampoco por quebrantamiento de forma, por no haberse respetado el plazo señalado en el art. 341 LEC, en relación con la práctica de la prueba”<sup>261</sup>.

Atendiendo a esta sentencia, pese a que la Ley puso un plazo concreto para la práctica de las diligencias para mejor proveer, según el Tribunal Supremo el retraso no podía tomarse como base para un quebrantamiento de forma ni como razón enervatoria. En nuestra opinión sería deseable que la orientación del Tribunal Supremo fuese cambiando con el tiempo, para poder llegar a establecer que los plazos siempre deben cumplirse, ya que si las partes están obligadas a ellos y esto se cumple estrictamente, los órganos igualmente deberían estarlo.

El art. 342 quedó redactado en los siguientes términos: “en estos casos quedará en suspenso el término para dictar sentencia, desde el día en que se acuerde la providencia para mejor proveer hasta que sea ejecutada o transcurra el plazo para ello y tres días más, durante los que se pondrán de manifiesto a las partes los resultados de las diligencias, las cuales podrán alegar por escrito cuanto estimen conveniente acerca de su alcance o importancia”.

En este artículo se recogía ya la clara intervención de las partes, al señalar que podían por escrito comentar lo que estimasen conveniente acerca del resultado de la prueba. Parece interesante destacar que en este artículo existe una diferencia en comparación con la redacción anterior y que a nuestro juicio resulta importante, y es que se omite cuánto plazo tendrá el tribunal para dictar sentencia en el caso de que se acuerde una diligencia para mejor proveer; en el art. 342 antes de la reforma se decía que “en el plazo que reste se pronunciará la sentencia o el auto que corresponda”, lo que había de entenderse como que el plazo no contaría de nuevo por entero una vez practicada la diligencia que ha dejado en suspensión el término para dictar sentencia, sino que debía retomarse donde se quedó, como así venía entendiéndose. Tras la reforma nada se aclaró al respecto, salvo que iba a quedar en suspenso el plazo para dictar sentencia, lo que podría plantear la duda sobre cuánto plazo dispone el tribunal para dictarla, es decir, si el tiempo que resta, o el plazo tenía que volver a computarse por entero. Señalar también que finalmente el término concedido a las partes para hacer sus valoraciones de la práctica de la diligencia para mejor proveer, se estableció de tres días, uno menos de los que propusieron los profesores de Derecho Procesal en su estudio.

## **2.6. Desde la Reforma del año 1984 hasta la publicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000. Etapas de su redacción.**

En la década de los noventa comenzó a plantearse una reforma global y de esta manera la redacción de una nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, y así fue en el mismo año 1990 cuando se formó una Comisión General de Codificación para su estudio, pero que no llegó a terminar ningún proyecto en concreto. En el año 1992, se llevó a cabo una reforma parcial mediante la Ley 10/1992 de 30 de abril de Medidas Urgentes, que precisamente debido a esa

‘urgencia’ en su redacción, no solventó los problemas principales a los que se enfrentaba la anterior Ley, que era el adaptar una ley del s. XIX a una sociedad de cien años después.

En el año 1995 se creó una nueva Comisión en el seno del Ministerio de Justicia e Interior, para plantear una reforma completa que abarcase todo el proceso civil y que, tras la presentación de un borrador, tampoco pudo llegar a materializarse. Pero en abril de 1997, volvió a intentarse una modificación presentada en un nuevo borrador de Anteproyecto de Ley, que fue enviado a todas aquellas instituciones a las que se pensó que podía afectar, para que de esta manera participasen activamente elaborando su punto de vista frente a la pretensión de cambio. El Ministerio recibió sesenta informes procedentes de aquellas instituciones, y tuvieron lugar unas Jornadas en Murcia durante el mes de octubre de 1997, con la finalidad de analizar esta obra de semejante magnitud. Durante aquellas jornadas se realizaron numerosas comunicaciones y ponencias, dentro de las cuales se expuso la pregunta de si cabía incluir una actuación de oficio en materia probatoria. De entre los intervinientes, DÍEZ-PICAZO por su parte, contestó que entendía que pese a existir una mayor flexibilidad en ese terreno, lo cierto es que no podía darse una proposición de prueba por los órganos judiciales<sup>262</sup>. En una de las ponencias realizadas que versaba sobre *La prueba*, llevada a cabo por el Magistrado-Presidente de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, TORRES FERNÁNDEZ, éste señaló que la facultad del juez de ordenar diligencias para mejor proveer debía ser mantenida, elaborando para su conservación en el texto ciertas matizaciones. Durante otras Jornadas que se llevaron a cabo los días 8 y 9 de julio de 1998 en la sede del Consejo General del Poder Judicial, encontramos en sus conclusiones, en concreto la número siete, que defienden las postura de que

---

<sup>262</sup> *Jornadas Nacionales sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil* Tomo I, publicación coordinada por Jiménez Conde, F., editadas por la Consejería de Presidencia de Murcia, año 1998.

“debería asegurarse al juez la posibilidad de acordar pruebas que estime necesarias y su activa intervención para resolver la cuestión litigiosa, evitando la figura de ‘juez maniatado’ que se desprende del Anteproyecto”.<sup>263</sup>

Fue en este Anteproyecto de Ley donde las diligencias para mejor proveer fueron sustituidas por unas diligencias de prueba, denominadas *diligencias finales* y que, mediante su aprobación en Consejo de Ministros de 26 de diciembre de 1997, quedó la redacción así establecida:

Art. 438.2: “Si, conforme a lo prevenido en los artículos siguientes, se acordasen diligencias finales, quedará en suspenso el plazo para dictarla”. Referido a la sentencia.

Art. 439. Diligencias Finales. “Solo a instancia de las partes en el escrito de conclusión, podrá el tribunal acordar, mediante auto, la práctica de diligencias de prueba, con arreglo a lo dispuesto en los artículos siguientes.

Art. 440. (antiguo 441 del borrador). Procedencia de las diligencias finales.

1. No se practicarán como diligencias finales las que hubieran podido proponerse en tiempo y forma por las partes.
2. Cuando, por causas ajenas a la parte que la hubiese propuesto, no se hubiese practicado alguna de las pruebas admitidas, el tribunal ordenará que la prueba omitida se lleve a cabo.
3. También podrán practicar las diligencias de prueba pertinentes y útiles, que se refieran a hechos nuevos o de nueva noticia, en el caso previsto en el apartado tercero del artículo 336.

---

<sup>263</sup> Jornadas sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil en la Sede del Consejo General del Poder Judicial, Revista Jueces para la Democracia, nº 22, noviembre de 1998, pág. 5.

4. Excepcionalmente, podrá también el tribunal acordar que se practiquen diligencias sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, que hayan sido objeto de prueba con resultados infructuosos que puedan atribuirse a circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas diligencias permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos o proporcionarán los elementos precisos para su valoración.

En este caso, en el auto en que se acuerde la práctica de las diligencias habrán de expresarse detalladamente aquellas circunstancias y motivos.

Art. 441. Plazo para la práctica de las diligencias finales. Sentencia posterior.

1. Las diligencias que se acuerden según lo dispuesto en los artículos anteriores se llevarán a cabo dentro del plazo de veinte días, en la forma establecida en esta ley para las pruebas de su clase. Una vez practicadas, las partes podrán, dentro del quinto día, presentar escrito en que resuman y valoren el resultado.
2. El plazo de veinte días para dictar sentencia volverá a computarse cuando transcurra el otorgado a las partes para presentar el escrito a que se refiere el apartado anterior.

Para TORRES FERNÁNDEZ estas diligencias finales, que pasaremos seguidamente a estudiar y que se establecieron en lugar de las anteriores diligencias, no le parecen oportunas puesto que las diligencias para mejor proveer habían sido como él mismo señala, de gran utilidad en muchos casos y “no debe sustraerse al Juez la posibilidad de acordarlas, tanto a instancia de

parte, solución ofrecida en el anteproyecto, como de oficio”<sup>264</sup>. Asimismo en las conclusiones de su ponencia volvería a insistir en que no entiende como se han establecido unas diligencias finales en las que se suprime al juez el poder acordar diligencias de prueba, como venía haciendo en la legislación anterior, cuando a través de estas diligencias nuevas lo que se hace es que pierdan todo su sentido que era aclarar las dudas al órgano. Y señala que su incomprensión surge también al no entender de qué manera suponen una quiebra del principio dispositivo, y que pese a que ciertamente, suponen un retraso en la obtención del fallo, son precisamente útiles para la elaboración del más acertado posible. El profesor MONTÓN REDONDO recomendó que el art. 441 en su apartado cuarto matizase de mejor manera si la repetición de pruebas estaba concebida solo a instancia de parte, o también por el tribunal de oficio<sup>265</sup>.

Es interesante observar cómo a partir de esta redacción fueron realizándose algunas modificaciones sobre la misma hasta llegar al articulado definitivo de la actual LEC. Por ejemplo, todavía no se hacía alusión al art. 429.1 en el primer apartado de los casos en los que podía acordarse una diligencia final, y como desde los cuatro días que propusieron por los profesores de Derecho Procesal para que las partes hiciesen sus valoraciones, y la reducción a tres días de la reforma del año 1984, en ese momento se establecieron en cinco días para que puedan llevarlas a cabo; vamos a ver si se mantiene ese número en la redacción final de la futura ley.

En el Informe que realizó el Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley, y que fue aprobado por su Pleno en sesión de 11 de mayo de 1998, se señalaba en lo que respecta al art. 339 sobre las diligencias

---

<sup>264</sup> *Jornadas sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob cit., pág. 49.

<sup>265</sup> *Jornadas sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob cit., pág. 60.

finales que, en primer lugar no era un cambio únicamente de términos, sino que se trataba de una figura nueva. Llamaba la atención y así lo expresó que, fuese solo a instancia de parte la solicitud de práctica de las mismas, salvo el pequeño matiz del art. 440 de la excepcionalidad de oficio. Esto a su juicio estaba en consonancia con el refuerzo que hace el Anteproyecto de Ley del principio de aportación ‘de parte’, al establecer la vinculación del juez a los hechos, pruebas y pretensiones introducidas por las partes del art. 214, que en la LEC se convertiría en el art. 216. Si bien están de acuerdo con la ‘moderación o prudencia que ha de observar en el proceso el juez’ para evitar así la imparcialidad y la sustitución de los deberes de probar de las partes, comentan que ‘de ahí, a suprimir la posibilidad de acordar de oficio la práctica de diligencias finales, media una enorme distancia’<sup>266</sup>. El C.G.P.J apuntó que podían existir dudas sobre los hechos relevantes para el juez, por lo que eran favorables a incorporar la actuación de oficio que permitiese llevar a cabo todas esas diligencias. Se cuestionaron si esta omisión quizá fue motivo de una redacción dudosa y en realidad el art. 440 del Anteproyecto sí permitía esa posibilidad, por lo que recomendaron que de ser así, se buscara la manera de obtener una mejor redacción. Veremos con la llegada de la LEC, que no se trataba de una redacción confusa sino de la voluntad del legislador, que era la de dejar fuera la actuación de oficio del órgano juzgador. La recomendación del C.G.P.J de mantener esta facultad de actuación, nos parece que se debe a que lo deseable es evitar que elementos probatorios que hayan podido quedar resueltos en la primera instancia, terminen por practicarse en apelación, ya que consideran que de esta forma ‘...el Tribunal de apelación dicta lo que constituye en realidad un primer pronunciamiento, y no un juicio revisorio’<sup>267</sup>. Entendemos interesante hacer mención a la enmienda 1240 que planteó en el Congreso de los Diputados, el Grupo Parlamentario Catalán de

---

<sup>266</sup> Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, Publicaciones del C.G.P.J, Madrid, 1998, pág. 188.

<sup>267</sup> Informe del C.G.P.J, ob cit., pág. 189.



Convergencia i Unió, por la que pretendía su partido que la rúbrica del Capítulo IV del Libro II se titulase “De las diligencias finales y de la sentencia”. Esto lo plantearon porque entendían que no tenía sentido esa denominación de “De la Sentencia”, cuando de los tres artículos solo uno hablaba de la sentencia y dos de las citadas diligencias. Además expusieron que las diligencias para mejor proveer, todavía en ese momento vigentes, le otorgan al juez un margen de actuación para ellos, “totalmente imprescindible”, y es más pretenden que la redacción de las diligencias finales se modifique y se les atribuya una extensión en la línea de las antiguas diligencias<sup>268</sup>.

El 30 de octubre de 1998 se presentó el Proyecto de Ley ante el Congreso de los Diputados, donde la entonces Ministra de Justicia Margarita Mariscal de Gante en su discurso de presentación del Proyecto de Ley ante la Cámara del Congreso recalcó que esta propuesta de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil se tenía que llevar a cabo para crear una “ley pensada para los litigantes de los procesos civiles”, en la que el servicio a los justiciables “reclama que las respuestas judiciales no tarden tanto como hasta ahora y sean más eficaces que en la actualidad”, y que “debe buscar lo que es mejor para el conjunto de los justiciables y no (...) la máxima satisfacción de todos los sectores sociales, económicos y profesionales más inmediatamente implicados en la justicia”<sup>269</sup>. Este Proyecto de Ley, que recibió cinco enmiendas a la totalidad que fueron rechazadas y 1678 enmiendas parciales, de las que 702 fueron sacadas adelante, fue aprobado el 23 de septiembre de 1999. La aprobación por el Senado tuvo lugar el 2 de diciembre de 1999, y finalmente el 16 de diciembre de 1999 fue aprobado en el Congreso de los Diputados. De esta forma se publica la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de

---

<sup>268</sup> ‘Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados’, 23 de septiembre de 1999, nº 260, pág. 13806.

<sup>269</sup> Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, VI Legislatura, 25 de febrero de 1999, nº 217, págs. 11626 y 11627.

enero de 2000, con entrada en vigor el 8 de enero de 2001, calificada por la Ministra de Justicia, como “una obra parlamentaria de primerísima magnitud”<sup>270</sup>.

---

<sup>270</sup> Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, VI Legislatura, 23 de septiembre de 1999, nº 260, pág. 13786.

## CAPITULO III: LA INICIATIVA PROBATORIA DE OFICIO EN LA LEC DE 2000.

### 3. 1. Planteamiento general

A la hora de examinar la iniciativa probatoria, hay que atender a la pregunta sobre a quién le corresponde la carga de la misma. El artículo 282 de la LEC establece como regla general que la prueba se promoverá a instancia de parte, por lo que la excepción será la prueba instada de oficio, que necesitará una mención específica en la ley para poder llevarla a cabo. El art. 282 de la LEC pese a establecer la posibilidad de acordar pruebas de oficio por el tribunal lo cierto es que, como señala VILLAGÓMEZ CEBRIÁN: “no obstante a pesar de lo que pudiera parecer, una visión global del texto de la ley, no induce a pensar que las facultades oficiosas del juez en materia probatoria se hayan visto incrementadas hasta el extremo de entender que el juez puede ordenar de oficio las pruebas que estime pertinentes”<sup>271</sup>. El sistema español en la actualidad no permite esa actuación por sí mismo del órgano judicial, a diferencia del sistema francés que como vimos tenía plenas facultades desde el inicio del procedimiento. Como señala CHIOVENDA “durante el curso del pleito, la investigación del juez civil no es tan libre como la del científico”<sup>272</sup>, pues existen unos límites a los que debe sujetarse y que no puede vulnerar. La Ley lo que otorga al juez son facultades y deberes en este tema, y para las partes establece obligaciones, puesto que tendrán que introducir las pruebas, y más concretamente las fuentes de prueba como señala SENTIS MELENDO<sup>273</sup>.

---

<sup>271</sup> VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M., artículo “*El nuevo marco procesal civil. Los principios de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*”, en Revista de Derecho Procesal, Los tribunales de Justicia, Ed. La Ley, nº 5 mayo 2000.

<sup>272</sup> CHIOVENDA, G., *Derecho procesal civil*, Tomo I, Ed. Reus, Madrid, 1922, pág. 489.

<sup>273</sup> SENTIS MELENDO, S., *Estudios de Derecho Procesal*, Tomo I, Buenos Aires, 1967, pág. 45.

La LEC regula la intervención del tribunal en varios supuestos que son:

a) La que pueda tener durante la práctica de las pruebas acordadas en el juicio. b) El artículo 429.1.II con el señalamiento de la insuficiencia probatoria a las partes durante la audiencia previa, que se estudió con anterioridad. c) La solicitud de práctica de diligencias finales con carácter excepcional, recogido en el punto número dos del artículo 435. d) Y en los procesos especiales no dispositivos que representan la máxima intervención del órgano, como consecuencia de la naturaleza del objeto procesal.

La intervención del juez a través de estos supuestos, tiene como objetivo que pueda elaborar la sentencia con acierto, pues entendemos que lo que se trata al otorgar iniciativa probatoria de oficio, es que el órgano pueda resolver dudas que puedan surgirle. “La sentencia no es una operación de pura lógica jurídica, ni el juez es una máquina de razonar. La sentencia es una operación humana, con todos sus riesgos y todas sus excelencias, y su valor como tal dependerá siempre en último término de lo que valga el juez como hombre y como ciudadano”<sup>274</sup>. O como apunta ORDOÑO ARTES es “la operación más compleja y delicada a realizar por el juzgador pues de ella depende la decisión del objeto del proceso”<sup>275</sup>. Las diligencias finales y el art. 429.1.II LEC son los instrumentos que permiten al juez esa mínima posibilidad de actuación de oficio en el proceso, aunque lo cierto es que su uso es reducido, quedando su existencia mas en lo puramente teórico, que en la realidad práctica. Y esto ocurre principalmente por dos razones; la primera, porque la redacción de los artículos puede dar lugar a distintas interpretaciones sobre su alcance y posibilidades lo que conlleva dudas a la hora de ponerlo en práctica, y la segunda porque el tribunal está saturado de

---

<sup>274</sup> COUTURE, E.J., ob. cit., pág. 192.

<sup>275</sup> ORDOÑO ARTES, C., *Aspectos generales sobre la prueba procesal (en el proceso civil)*, Ed. Tat, Granada, 1998, pág. 163.

funciones, y pensar en otorgarle más trabajo resulta como señala DE LA OLIVA ‘pretensiones lunáticas o fanáticas’<sup>276</sup>, o como expone GIMENO SENDRA, para que el órgano pudiese llevar a cabo las potestades que la ley les concede, escasas pero existentes en materia probatoria, sería necesario ‘el cumplimiento estricto de los órganos judiciales de sus obligaciones, y concretamente, el de acudir, cosa que hasta ahora no ha sucedido, a la audiencia previa habiendo leído la demanda y su correspondiente contestación’<sup>277</sup>. En nuestra opinión no se trata de que mediante estas facultades al juez se le imponga más trabajo, sino de que en el caso de necesitar herramientas para resolver más acertadamente pueda disponer de ellas. La Ley en ningún momento le impone su uso, sino que regula unas facultades que podrá o no el juez utilizar atendiendo a la necesidad concreta, según su libre decisión. Se trata de otorgar poderes útiles al juzgador, y en ningún caso debe plantearse su inclusión o exclusión de la ley en función del uso que el órgano les conceda, sino que a nuestro juicio debe la Ley de entrada otorgarle esos instrumentos, e independientemente cada juzgador será el encargado de valorar si se sirve de ellos o no. Estas facultades de iniciativa probatoria de oficio no deben plantearse como una mayor carga de trabajo y por tanto no apropiadas por el nivel que tienen ya los Juzgados, cuestión que entendemos independiente, sino como una herramienta necesaria. A nuestro juicio ha establecido esta Ley pequeñas notas de iniciativa probatoria de oficio en sus arts. 429.1.II y en el 435.2, pero finalmente resultan ser más un espejismo, que una existencia real de la misma. En ambos artículos al comienzo de su lectura puede parecer que existe iniciativa probatoria de oficio, pero luego no será posible. En el art. 429.1.II LEC en su principio se

---

<sup>276</sup> DE LA OLIVA, A., Y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 2000, pág. 390. Es acertada la reflexión de ambos autores al decir que “la situación real es que los jueces no parecen tener tiempo (ni ganas) de usar ni siquiera sus actuales facultades menos discutibles e incluso no han tenido, muchos de ellos (no todos) ni tiempo ni ganas de cumplir algunos imperativos legales”.

<sup>277</sup> GIMENO SENDRA, V., *Proceso civil práctico*, Tomo IV, editorial La Ley, pág. 36.

permite al tribunal sugerir prueba a las partes cuando aprecie que existe insuficiencia en la que han presentado, pero luego, el artículo no da la posibilidad de que si la parte desatiende dicha sugerencia, pueda el órgano acordar su práctica de oficio, y por tanto se acaba con el espejismo. Por su parte, el art. 435.2 LEC empieza con un ‘podrá el tribunal de oficio (...) que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados’, haciéndonos por consiguiente creer en un primer momento que goza de dicha iniciativa de oficio. Pero continúa dicho artículo exponiendo que “si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas”. Acaba de nuevo el espejismo, pues limita esa iniciativa a pruebas ya practicadas con anterioridad, es decir, no le otorga la posibilidad de acordar cualquier medio de prueba, sino repeticiones como posteriormente analizaremos. Entendemos por tanto, que la iniciativa probatoria de oficio en esta Ley no existe. Teniendo en cuenta lo que establece la jurisprudencia, se puede observar como por ejemplo en Sentencia de fecha 15 de diciembre de 2003, [LA LEY 1554170/2003] la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 2ª, recoge sobre la iniciativa probatoria de oficio, “que la nueva LEC implica que no será ni razonable ni asequible (más bien resultaría imposible) que fuese el Estado, a través de los tribunales, quienes hubieran de ocuparse - con la correlativa responsabilidad - de comprobar la certeza de los hechos y sus afirmaciones, con una adecuación probatoria”, donde se está dejando claro que las partes serán las únicas responsables de traer todo el material probatorio al proceso, y que eso no incumbe ni a jueces ni a tribunales.

La potestad del órgano judicial en este sentido se entiende que debe estar limitada puesto que puede producir un choque con los principios establecidos por la LEC como inspiradores del proceso, motivo por el cual se restringe su actuación de oficio en lo que a la práctica de prueba se refiere. En

primer lugar, encontramos que para proteger los principios dispositivo y de ‘aportación de parte’, se niega al juez de manera absoluta la posibilidad de introducir hechos no alegados por las partes, ni tampoco llevar a cabo ninguna investigación sobre los mismos, pues como vimos su labor es verificadora y en ningún caso investigadora. Esto sirve de protección y guarda de esos principios debiendo además la sentencia ser congruente resolviendo únicamente sobre lo introducido por las partes y ajustándose a sus pretensiones. En segundo lugar, es necesario que consten ya en autos las fuentes de prueba sobre las que puede tratar la iniciativa probatoria del juez, para evitar de esta forma la pérdida de imparcialidad que podría sobrevenirle si en su intervención de manera inquisitiva saliese a investigar otras fuentes. Así, se le limita también a no introducir fuentes de prueba nuevas, distintas a las propuestas por las partes. Y el último límite viene a proteger el respeto del derecho de defensa establecido en el artículo 24 del texto constitucional, que establece que “todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión”. Luego para el respeto del art. 24 C.E es necesario a nuestro juicio que si el juzgador goza de iniciativa en materia probatoria, las partes puedan a raíz de las pruebas acordadas por el mismo, participar en su práctica y mostrar su valoración de manera posterior, puesto que una vez superada la Ley de 1881 otra cosa no parece razonable.

Para que todo esto tenga lugar sin que se produzca desigualdad entre las partes, la Exposición de Motivos recoge que ‘justamente para afrontar esas cargas sin indefensión y con los debidas garantías, se impone a las partes, excepto en casos de especial simplicidad, estar asistidas de Abogado’; así se evita que el tribunal se dedique a suplir la falta de diligencia y cuidado de las mismas quebrando el principio de igualdad de armas, y su propia imparcialidad. El Estado intervendrá y será partícipe de que todo transcurre

según lo previsto por la Ley y de que se hace justicia, porque la justicia aparece como valor superior del Ordenamiento Jurídico y de ahí el interés público de alcanzarla, junto con el interés privado de las partes. Para COUTURE “como el juez es normalmente ajeno a esos hechos sobre los cuales debe pronunciarse, no puede pasar por simples manifestaciones de las partes, y debe disponer de medios para verificar la exactitud de esas proposiciones”<sup>278</sup>.

La búsqueda de la verdad implica que el juzgador junto con las partes traten de obtenerla, aceptando y aplicando los límites que el órgano judicial deba respetar pero que en ningún caso puede suponer dejarle inactivo, sino darle los medios correctos para poderlos utilizar satisfactoriamente sin comprometer las bases del proceso. Compartiendo la opinión de PICÓ I JUNOY, coartar o restringir a los órganos judiciales su intervención en materia probatoria limita la efectividad de la tutela judicial, que desembocará inevitablemente en la limitación de la búsqueda de la justicia<sup>279</sup>. Configurar unas instituciones dedicadas al esclarecimiento de la verdad y al establecimiento de Justicia, y a la vez limitarlas en las actuaciones que las llevarían a conseguir ambas cosas, resulta poco comprensible pues si fuese necesario, ¿qué método podría seguir el juzgador si la ley no le concede alguno? Lógicamente ninguno; el legislador es el único encargado de facultar al juez en este aspecto. Partimos de suponer que cuando los particulares acuden a los tribunales lo hacen para encontrar solución a sus controversias, queriendo llegar al fondo del asunto, esto es encontrar la verdad, para lo cual proponen diferentes pruebas sobre los hechos. Pero si se diese el caso de que el juez crea que necesita intervenir ya que lo expuesto no le ha quedado lo suficientemente claro, debe poder hacerlo respetando en todo momento: la

---

<sup>278</sup> COUTURE, E., ob. cit., pág. 217.

<sup>279</sup> PICÓ I JUNOY, J., *Los principios del proceso civil*, Ed. Difusión Jurídica, Barcelona, 2000, pág. 38.



igualdad entre las partes, la intervención de las mismas, y la contradicción entre ellas, para hacer que sea la Justicia, como valor superior de nuestra sociedad, la que se obtenga. Las partes saben que al acudir a los tribunales *se arriesgan* a que se encuentre la verdad, que a nuestro juicio es imprescindible para dictar una resolución justa. Así es como Kelsen concebía a la Justicia al exponer que “la justicia se da en aquel orden social bajo cuya protección puede progresar la búsqueda de la verdad”<sup>280</sup>. Lo que viene a resaltar la importancia de que el Estado intervenga a fin de encontrarla, interviniendo a través de las pautas que la Ley le conceda, pero implicándose en cada caso.

Para ayudarnos a entender la importancia de la Justicia, su extensión y porqué debemos preocuparnos en encontrarla, es de gran interés la definición que realiza PECES-BARBA en la obra *Los valores superiores*<sup>281</sup>, que podemos resumir señalando que la Justicia como valor superior, tiene un carácter normativo y esto quiere decir que es obligatorio para todos los destinatarios de las normas; no son por tanto ni un consejo ni un ideal sino una guía para la interpretación y el desarrollo del ordenamiento jurídico, y suponen de igual manera su límite. Son la perspectiva ético-jurídica del Estado social y democrático de Derecho, representando los ideales que una comunidad decide erigir como sus máximos objetivos a alcanzar. Esta puntualización es realmente satisfactoria ya que, si la justicia responde a ese ideal que los ciudadanos buscan, su búsqueda no podrá dejarse a medias por no contar con los medios necesarios. Hay que tratar de dar esos medios a los órganos sin

---

<sup>280</sup> Kelsen, H., *¿Qué es Justicia?*, Ed. Ariel, Barcelona, 1982, pág. 63. En esta misma línea recoge Leclerc que “Le procès poursuit certes la manifestation de la vérité. Commen, en effet, une solution fausse serait-elle juste? La recherche de la vérité est posée à l’horizon du jugement. Il existe donc un lien insoluble entre le procès et la recherche de la vérité”. Leclerc, O., *Contribution à l’étude des rapports entre le droit et la science*, Ed LGDJ, París, 2005, pág. 119. Para el autor la búsqueda de la verdad es condición inseparable del proceso, pues si no, no obtendremos entonces una resolución justa.

<sup>281</sup> *Temas clave de la Constitución*. Editorial Tecnos, Madrid 1986. La recoge Picó I Junoy, J., en su obra ‘El derecho a la prueba en el proceso civil’, Ed. J.M Bosch, 1996 Barcelona, pág. 262.

quebrantar las garantías de los justiciables, ni quebrantar a su vez los principios informadores del ordenamiento.

Algunos autores ya han hecho sus manifestaciones acerca de la posibilidad de ampliar los poderes del juez en esa búsqueda de la verdad. Para MARTÍNEZ PINEDA, “el juez es el más fogoso y pasional defensor de la verdad y el arriete demoledor de trincheras opuestas a ella”<sup>282</sup>. Para PRIETO CASTRO, “el juez debe dejar de ser un sujeto pasivo, privado de poderes y de iniciativa para ejercer la jefatura que como depositario y representante de la jurisdicción debe corresponderle sobre la marcha, y en gran medida también sobre el fondo del proceso”<sup>283</sup>. Para GUASP el planteamiento será si es adecuado mantener el carácter excepcional de los escasos poderes del juez, y si no sería mejor adaptar un criterio general que pusiera como meta de las actividades procesales la formación de la verdad, y por consiguiente la aportación de todos los hechos que realmente integren la relación jurídica discutida<sup>284</sup>. HERRENDORF expone que “la idea de que el juez contemporáneo es un funcionario burocrático sujeto de pies y manos expresa una profunda realidad puesto que es real”<sup>285</sup>. DÍAZ FUENTES comenta que, “tan absurdo sería comprometer la imparcialidad del juzgador haciéndole bajar a la arena del debate para perseguir las probanzas de ordinario tiñendo el proceso civil de color inquisitivo, como hacerle afrontar el dictado de una sentencia injusta, con las manos atadas para todo esclarecimiento que le permita dictarla en justicia”<sup>286</sup>. Tan inadecuado resulta para este autor un extremo como el otro, habrá que buscar un término medio adecuado que acerque ambas posturas. Para PICÓ I JUNOY, “en materia probatoria existe una total e injustificada

---

<sup>282</sup> MARTÍNEZ PINEDA, Á., ob cit., pág. 97.

<sup>283</sup> PIETRO CASTRO, L., ob cit, pág.535.

<sup>284</sup> GUASP, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Editor M. Aguilar. Madrid 1943, pág. 904.

<sup>285</sup> Ob citada. Pag. 38.

<sup>286</sup> DÍAZ FUENTES, A., *La prueba en la nueva ley de enjuiciamiento civil*, Ed. Bosch. Barcelona, 2002, pág. 209.

desconfianza a la iniciativa del juzgador, obviándose que toda actividad va dirigida a formar su convicción y dictar la sentencia más justa posible”<sup>287</sup>, y NOYA FERREIRO recalca que “en un proceso civil moderno deben concedérsele amplias facultades a los órganos jurisdiccionales en materia probatoria”<sup>288</sup>. Cierta es la desconfianza que existe a esa ampliación de poderes, pero creemos que siempre hay que entenderla como un escudo que tiende a ponerse frente a un posible quebrantamiento de las bases del proceso. Por su parte, MANRESA en sus comentarios sobre la nueva Ley de 1881 expone que la ley debe prever todas las situaciones, dice “debió haber trazado cuidadosamente la marcha de todos los procedimientos y actuaciones so pena de dejar ancho campo al arbitrio judicial”, lo cual no le parece conveniente<sup>289</sup>. Y esto mismo podemos aplicarlo a la LEC ya que consideramos que por ejemplo, para la facultad de valoración de la suficiencia probatoria ocurre que dependiendo de cómo el órgano quiera interpretar el art. 429.1.II, su margen de actuación puede variar considerablemente. Entendemos que la LEC ha restringido de forma casi absoluta la iniciativa probatoria de oficio, lo que no puede sino dañar a la obtención de una sentencia lo más justa posible, fallando por tanto a la verdad, y consecuentemente a la petición del justiciable de Justicia rogada.

Parece acertada la pregunta que plantea MARTÍN OSTOS de si, ‘¿no podría el juez lograr la verdad en el proceso civil sin poderes especiales?’<sup>290</sup>. La respuesta podría ser afirmativa y quizá deseable, pero eso implicaría que las partes introdujesen sin ocultar, retener conscientemente, o no olvidar sin un fondo doloso todo el material probatorio del que disponen. Y el que las partes colaboren de forma espontánea, igual que los terceros, “es una ilusión,

---

<sup>287</sup> PICÓ I JUNOY, J., *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Ed. J.M Bosch, Barcelona, 1996, pág. 207

<sup>288</sup> NOYA FERREIRO, M<sup>a</sup>.L., ob. cit., pág. 44.

<sup>289</sup> MANRESA Y NAVARRO, J.M., *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento civil refromada de 1881*, Tomo I, Ed. Imprenta de la revista de la legislación, Madrid, 1883, pág.6.

<sup>290</sup> MARTÍN OSTOS, J., ob cit, pág. 42.

y por eso el juez debe intervenir y justifica el rol activo del juez”<sup>291</sup>. De ahí que en el sistema francés se le permita un amplio margen de actuación de oficio, y se haya establecido la ‘producción forzosa’ (también recogida en nuestra LEC) para ayudar al descubrimiento de la verdad. Además hay que tener presente que cuando el juez actúa es porque, o bien las partes por ellas mismas no pueden tener acceso a determinadas pruebas, o bien porque la existencia de dudas hace necesaria su intervención. Cuando tras las aportaciones de las partes está todo claro, el juez se limitará a lo introducido por ellas, y si las partes pueden acceder a lo necesario para sus pretensiones, el juez se mantendrá al margen puesto que si no, sí estaría realizando una actividad principal que no le concierne, en lugar de una actividad complementaria.

En definitiva, como señala FERNÁNDEZ LÓPEZ en cuanto a la iniciativa probatoria de oficio “la LEC no confiere un haz demasiado amplio de facultades en este sentido, sino que más bien se muestra como un texto bastante apegado al principio de aportación de parte con pocas concesiones a su contrario, el principio de investigación”<sup>292</sup>. Mostramos nuestra conformidad con esta opinión puesto que, con independencia de la participación activa del juez en los procesos especiales no dispositivos, y en la práctica de las pruebas, la iniciativa probatoria de oficio ha quedado restringida a un solo supuesto que es el que regula el art. 435.2 LEC, y en el que tampoco podemos hablar de una iniciativa del órgano en sentido estricto, pues viene preestablecida por la previa actuación de las partes. La LEC no contiene ningún precepto a través del cual el órgano pueda acordar una prueba de oficio que estime necesaria —excluyendo los procesos especiales— y que no

---

<sup>291</sup> SICARD, J., ob. cit, pág. 276.

<sup>292</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., ob. cit., pág. 65.

consista en una mera repetición de prueba anteriormente propuesta por las partes.

### **3.2. La iniciativa probatoria de oficio ex art. 429.1.II**

El art. 429.1 en su apartado segundo establece que:

“cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hechos o hechos que, a su juicio, podrán verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente”.

El artículo 429.1.II pertenece a las novedades a las que se refiere la Exposición de Motivos en su apartado sexto cuando expone que “la Ley introduce numerosas innovaciones con tres grandes finalidades: regular de un modo más completo y racional materias y cuestiones diversas hasta entonces carentes de regulación legal; procurar un mejor desarrollo de las actuaciones procesales; y reforzar las garantías con acierto en la sentencia”. Mediante el art. 429.1.II lo que se atribuye al juez, es la responsabilidad de efectuar un control previo sobre la suficiencia de las pruebas que proponen los litigantes, antes de proceder a su práctica.

#### **3.2.1. Fundamento del precepto**

El art. 429.1.II tiene como finalidad que el juzgador señale la posible insuficiencia en las pruebas propuestas por las partes, para posteriormente si

así lo estima, indicar además cómo solucionarla sugiriendo el material probatorio que a su juicio considera debe ser aportado. Este artículo fue el resultado de una enmienda transaccional del grupo socialista parlamentario, en concreto la número 321, donde se proponía la iniciativa probatoria del juez de forma limitada, lo cual se recogió en el art. 283 del Proyecto de LEC<sup>293</sup>. Esta enmienda exponía que “las pruebas se practicarán a instancia de parte. Sin embargo, el órgano judicial podrá ordenar la práctica de la actividad probatoria que estime necesaria sólo en función de las fuentes probatorias que consten en autos, sin que en ningún caso pueda introducir hechos no alegados por los litigantes. Las partes podrán intervenir en la práctica de toda la actividad desarrollada en el proceso”<sup>294</sup>. Fue un intento del legislador español de querer adaptarse al entorno procesal europeo que propugnaba una mayor intervención, concediendo así iniciativa probatoria al juzgador, pero ésta fue rechazada. Se introdujo modificada en el Proyecto, concretamente en su artículo 431 que sería el futuro contenido del actual art. 429, siendo un cambio muy señalado ya que ahora restringía la pretendida iniciativa de oficio. A la vista de un Proyecto en el que con la derogación de las diligencias para mejor proveer, se eliminaba cualquier posible actuación del juez en materia probatoria, se incluyó el art. 429.1.II como pequeña muestra de esta intervención. Lo que ocurre es que supuso una redacción tan reformada en comparación con el primitivo artículo en el que el órgano poseía plenas facultades probatorias ‘asumiendo con ello el mito del juez que debe buscar la llamada verdad material’<sup>295</sup>, que pasó a convertirse en un Juzgador encadenado a la voluntad de las partes. Y es que lo que en un principio

---

<sup>293</sup> Como señala ILLESCAS RUS “acaso pueda no dudarse que constituye un correctivo socializador - introducido al paso del texto legal por las Cámaras- a la marcada orientación liberal-conservadora que se enseñoreaba en el Proyecto. Y tampoco el que, no obstante las cautelares previstas en el propio precepto, requiere poner a contribución un cuidado muy particular. “La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil y su repercusión en los procesos del automóvil”, ponencia dentro del Congreso Constituyente de la Asociación de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, Granada, 2001.

<sup>294</sup> SERRANO MASIP, M. “*La intervención del tribunal ante la insuficiencia de la prueba propuesta por las partes*”, en diario La Ley nº 5962, febrero 2004.

<sup>295</sup> ABEL LLUCH X., Y PICÓ I JUNOY, J., ob cit, pág. 45.

pretendía otorgar al órgano libertad de movimiento a la hora de acordar pruebas de oficio, se convirtió al final en un artículo que eliminando dicha posibilidad dejó al juzgador sin ningún tipo de intervención directa por sí mismo.

El artículo 429.1 en su párrafo segundo viene a establecer una facultad eventual y limitada del juez, quien a través de la misma podrá en la fase de proposición de prueba, tanto en el juicio ordinario como en el verbal<sup>296</sup>, indicar a las partes que el material probatorio aportado resulta incompleto. De esta forma las partes pueden a la vista de la intervención del tribunal, aportar o no más material, e incluso el siguiente párrafo del artículo faculta asimismo al juzgador para que exponga qué es lo que a su juicio deben incluir en concreto las partes. Nos encontramos en el momento de propuesta de prueba, que entendemos como principal, ya que como expone COUTURE la prueba es: ‘comprobación, demostración, corroboración de la verdad o falsedad de las proposiciones formuladas en el juicio. Se parece a la prueba matemática: una operación destinada a demostrar la verdad de otra operación’<sup>297</sup>. Luego es ahora, cuando las partes dan a conocer cuales son los medios que van a utilizar para poder demostrar su posición respecto a los hechos planteados. Por lo que en este punto también nos interesa saber qué hechos son los que deben las partes probar, así que cuando hablamos de los hechos que deben ser objeto de prueba, nos referimos como expone DE LA OLIVA SANTOS, a dos tipos<sup>298</sup>:

---

<sup>296</sup> La aplicación del artículo 429.1 tiene cabida tanto en el juicio ordinario pues se encuentra en el apartado que trata sobre la audiencia previa al juicio, como en el juicio verbal ya que en el artículo 443 sobre el desarrollo de la vista en dicho proceso, el último párrafo señala que “la proposición de prueba de las partes podrá completarse con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 429”.

<sup>297</sup> COUTURE, J.E., ob cit., pág 216.

<sup>298</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A., ob. cit., pág. 288.

- 1) Hechos fundamentales, que son aquellos que se corresponden directamente al supuesto de hecho de la norma que sirve de soporte jurídico a la pretensión. Constituyen la *causa petendi*, y de cuya acreditación o no dependerá el resultado favorable de la resolución judicial.
- 2) Hechos accesorios, que son los que no encaja de esa forma directa en el precepto, sino que van a guardar una relación indirecta con la cuestión de fondo del proceso, o aquellos que se refieren a aspectos secundarios.

Por su parte la LEC en su art. 281 señala, como también expone GÓMEZ ORBANEJA, que los hechos que no necesitan prueba son: 1) los hechos admitidos. 2) los hechos notorios y 3) los hechos favorecidos por una presunción legal<sup>299</sup>. Completa FENECH explicando que por notoriedad entendemos “la calidad de un hecho de poder ser tenido en cuenta como real por el juzgador, sin necesidad de la garantía que supone la prueba establecida por la LEC”<sup>300</sup>, es decir, que no se necesita practicar prueba alguna para considerar ese hecho como cierto. Igualmente las presunciones legales no necesitan prueba porque precisamente son situaciones para las que así lo establece la Ley expresamente.

La finalidad que se persigue es la ayuda al esclarecimiento de los hechos, al encuentro perseguido con la verdad<sup>301</sup>, para lo cual el legislador ha

---

<sup>299</sup> GÓMEZ ORBANEJA, E., ob. cit. pág. 283.

<sup>300</sup> FENECH, M., *Derecho procesal civil*, Ed. Agesa, Madrid, 1986, pág. 138.

<sup>301</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A., Y FERNÁNDEZ, M. A., ob. cit, pág. 223. Recogen estos autores acerca del término ‘verdad’ que “su uso debe imponer un saludable respeto. Y no porque no exista la verdad ni existan verdades, ni porque se niegue a priori la posibilidad de conocer unas y otras, sino, simplemente porque su conocimiento es arduo y porque, en nuestra Administración de Justicia, y en materia civil (por lo menos), no se exige la adquisición de una certeza o de un convencimiento de la verdad de unos hechos ‘beyond any reasonable doubt, más allá de la duda razonable, expresiva formulación anglosajona que la literatura y el cine han popularizado. En este sentido cabría admitir que se entienda por verdad, a los efectos de los procesos civiles ordinarios, ‘una tan alta probabilidad que excluya la aceptación de lo contrario’ de lo



creído otorgar al juez un instrumento para alcanzarlo. Se trata de establecer medios de ayuda para el juzgador pues éste no va a conocer más pruebas que las que le suministren los litigantes<sup>302</sup>, y estas están ‘viciadas’ al tratar de demostrar *la verdad de cada litigante*. Cada parte tratará de demostrar su visión de los hechos, y lo que el juzgador debe tratar de encontrar son simplemente los hechos, es decir, tratar de objetivizarlos partiendo de los argumentos subjetivos que le plantean. En un primer momento, podemos con la lectura inicial del artículo, aplicar para este artículo 429 lo que PRIETO CASTRO expuso a raíz de las antiguas diligencias para mejor proveer, y es que ‘el juez español no solamente puede actuar en el campo de la prueba de manera que influya fuertemente sobre la decisión, sino que tiene en sus manos un instrumento de gran valor’<sup>303</sup>, o como expresa FERNÁNDEZ SEJO, “su trascendencia puede ser mayor”<sup>304</sup>. Estamos de acuerdo, pero ¿realmente queremos que la tenga? En nuestra opinión el art. 429.1.II esconde más riesgos que un instrumento útil para el juzgador, ya que como iremos exponiendo, entendemos que recoge una iniciativa probatoria de oficio frustrada que lo que utiliza es a las partes, para poder ponerse en práctica. Es por esta razón por la que nos parece inadecuado el planteamiento de este artículo, ya que pone en peligro principios como la imparcialidad, la igualdad, y el principio de ‘aportación de parte’. Ciertamente es que la Ley introduce una novedad pues antes no existía regulación legal al respecto, pero en nuestra opinión el acierto en la sentencia no puede lograrse mediante la vulneración de las garantías del proceso. Es necesario un proceso civil regido por una legislación que otorgue al juez medios de actuación, pero que encuentre el

---

tenido inicialmente por probado (lent). En otros términos será suficiente estar moralmente convencido de la verdad o certeza, positiva o negativa de un hecho”.

<sup>302</sup> COUTURE J, E., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª Edición, Ed. De Palma, Buenos Aires, 1993, Págs 218, 220. “La prueba es una forma de crear la convicción del magistrado; el régimen vigente insta a las partes a agotar los recursos dados por la ley para formar en el espíritu del juez un estado de convencimiento acerca de la existencia e inexistencia de las circunstancias relevantes del juicio”.

<sup>303</sup> PRIETO CASTRO, L., ob cit, pág. 110.

<sup>304</sup> FERNÁNDEZ SEJO, J.M., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pág.154.

equilibrio, es decir, que no le convierta en un juez inquisidor con ‘máximos poderes y las partes meros coadyuvantes’<sup>305</sup>, ni por el contrario en un juez pasivo sin actuación alguna. Para PRIETO CASTRO existen multitud de limitaciones impuestas a los jueces en los ordenamientos y entre ellos el nuestro, en los que no se cree necesaria la intervención del juez más allá de la función mediadora. Para respetar las garantías debe existir un equilibrio entre las funciones de las partes y el juez, y de esta forma hacer que la prueba civil quede delimitada<sup>306</sup>. Entendemos que será así cuando su aportación y el trabajo sobre ella se reparta entre los intervinientes al juicio, haciendo que se obtenga todo su provecho, y que cada uno lo haga en el momento oportuno.

Cuando el tribunal considere que pueden ser insuficientes las pruebas para ese fin de esclarecimiento de los hechos, lo debe poner de manifiesto a las partes indicando por un lado, qué hechos se van a poder ver afectados por esa insuficiencia, y por otro lado, además puede exponer a las partes las pruebas que considera deben proponerse. Eso sí, para esta segunda intervención el tribunal debe ceñirse a las fuentes de prueba cuya existencia se deduzca de los autos, sin tener la posibilidad de introducir algo nuevo que no hayan aportado las partes. La intervención en este caso será complementaria a la de las partes, que han debido proponer con anterioridad la práctica de pruebas sin que se permita frente a una inactividad probatoria, y siempre al estimar el órgano que posteriormente se encontrará con una vacío respecto a la probanza de algún hecho. Para poder aplicar el art. 429.1.II se deduce que deben existir unos requisitos claros que son: la existencia de un hecho controvertido, que la prueba sobre este hecho es jurídicamente relevante para emitir el fallo, y que se presume que existirá en el momento de dictar sentencia una ausencia probatoria sobre el mismo. De ahí que el juez ante tal

---

<sup>305</sup> CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V., *Derecho procesal civil*, Ed. Colex, Madrid, 2003, pág. 260.

<sup>306</sup> PRIETO CASTRO, L., ob. cit., pág. 395.

ausencia, decida usar la facultad que la Ley le ha otorgado para de esta forma poder subsanarla. En el supuesto de que el juez, tras indicar la insuficiencia probatoria señale también las pruebas que a su entender cree que pueden completar el material probatorio ya presentado, no existe discrepancia doctrinal en entender que, bajo ningún concepto, podrá introducir hechos no alegados por las partes y que en el caso de que añada qué pruebas estima deben solicitarse, éstas serán siempre medios sobre fuentes de prueba que consten en los autos. De lo que no se trata es de que mediante este artículo el juez corrija la falta de diligencia de las partes en la aportación de prueba, puesto que esa no es función del juez civil y con un mal ejercicio de este artículo, podría ocurrir que se extralimitase de las funciones que a día de hoy la LEC quiere conferirle.

El juez solo va a poder a través del artículo depurar la prueba ya presentada por los litigantes, teniendo en cuenta que lo que permite la Ley es que señale qué hecho o hechos estima que necesitan más prueba, y si quiere además complementar esta intervención añadiendo qué prueba en concreto; en ningún caso podrá el juzgador acordarla de oficio. Como señala la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1ª, en sentencia de 19 de mayo de 2003, [CENDOJ 1335/2002], “la facultad otorgada por este artículo debe interpretarse restrictivamente porque la iniciativa probatoria le corresponde a las partes, porque el juez no puede introducir hechos distintos de los introducidos por las partes y porque en ningún caso el juez puede subsanar la falta de actividad probatoria, con medios distintos”. Para GARBERÍ LLOBREGAT esta innovación “ha de ser entendida en sus justos términos, pues no es posible que al amparo de la misma sea el propio tribunal quien de oficio, proponga la prueba; y deberá limitarse a la mera sugerencia a las partes

sobre la conveniencia de completar su proposición probatoria”<sup>307</sup>. En los mismos términos la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 3ª, en sentencia de 15 de febrero de 2002, (La Ley 1094530/2002), expone que “en definitiva, la facultad que confiere el art. 429/1 L.E.C Civil al Tribunal no puede servir de fundamento para subsanar la inexistencia de pruebas o las propuestas inadecuadamente por las partes por no ajustarse a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

Como expone ABEL LLUCH el resumen de lo que viene a recoger el art. 429.1.II podría expresarse de esta forma: “le propongo (yo juez) para que me propongan (cualquiera de las partes), y pueda (yo juez) admitirlo”<sup>308</sup>. O tal y como lo expresa LORCA NAVARRETE se trata este artículo de un “modelo intervenido de instrucción probática complementaria de las partes”<sup>309</sup>, ya que el autor considera que lo que se realiza con este artículo es una actividad complementaria de las partes hacia el Juez, y no como en principio se supone que debería ser, del Juez a las partes

### 3.2.2 Momento procesal

Respecto al momento procesal en el que se lleva a cabo la advertencia sobre la insuficiencia probatoria, la Ley establece que será en la audiencia previa si nos encontramos en un juicio ordinario, y al inicio de la vista si estamos ante un juicio verbal. Uno de los aspectos más controvertidos de este artículo es que, en el momento elegido todavía no se conoce el resultado que van a aportar las pruebas solicitadas, lo que lleva a hacer al juez según los autores, un juicio prácticamente de adivinación para ver si el material

---

<sup>307</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Introducción al nuevo proceso civil*, Vol. I, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 229.

<sup>308</sup> ABEL LLUCH, X., *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, Ed Bosch, Barcelona, 2005, pág 133.

<sup>309</sup> LORCA NAVARRETE, A.M., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Parte General, Ed. Dykinson, Madrid, 2000, pág. 555.

probatorio será suficiente o no. Esto es así porque todavía las pruebas no han sido practicadas, solo han sido solicitadas por las partes ante el juez. Para RIFÁ SOLER, RICHARD GONZÁLEZ y RIAÑO BRUN “la aplicación de esta norma puede plantear problemas ya que puede determinar que el juez prejuzgue el asunto, al tener que valorar los hechos y las manifestaciones sobre la prueba adecuada, lo que contradice el principio dispositivo en el que se fundamenta el proceso civil”<sup>310</sup>. Para VÁZQUEZ SOTELO “la necesidad probatoria del juez sólo puede advertirla cuando tiene que pronunciar el fallo”<sup>311</sup>. Por el contrario PICÓ I JUNOY expone que el artículo 426.6 establece que el juez puede pedir a las partes que realicen las aclaraciones o precisiones necesarias sobre los hechos y sobre los argumentos que contienen los escritos de demanda y contestación, por lo que el juez sí conoce el objeto del proceso en ese momento<sup>312</sup>, y por tanto sí puede hacer una valoración de la prueba presentada.

A nuestro juicio, en cierta medida sí puede mostrar un cierto grado de adivinación puesto que efectivamente todavía no se han llevado a cabo las pruebas solicitadas, pero hay que precisar que nos encontramos frente a un profesional del Derecho con cualificada experiencia, que es la que le ayuda a advertir con una primera lectura qué carencias probatorias pueden existir, más que otro tipo de ‘poderes’. Estamos hablando de una valoración al comienzo del material probatorio, un balance inicial sobre las pruebas propuestas por las partes, que posteriormente se convertirá en una valoración sobre la prueba practicada en el momento de elaborar la sentencia. Encontramos por tanto dos fases para el juzgador, una primera sobre prueba propuesta, y una segunda

---

<sup>310</sup> RIFÁ SOLER, J.M., RICHARD GONZÁLEZ, M., y RIAÑO BRUN I., *Derecho procesal civil, Vol.II*, Ed. Pro liberarte, Gobierno de Navarra, Pamplona, 2006, pág. 131.

<sup>311</sup> VÁZQUEZ SOTELO, J.L., “*Las diligencias finales*” dentro de la obra sobre *Instituciones del nuevo proceso civil*, volumen II, coordinador Jaime Alonso-Cuevillas. Ed. Economist&Jurist, Barcelona, pág. 562.

<sup>312</sup> PICÓ I JUNOY, J., ob cit., pág. 48.

sobre prueba practicada; la diferencia se encuentra en que en la primera el órgano con la actual LEC podrá intervenir para que las partes modifiquen su material a tenor de lo que le parezca más conveniente, mientras que en la segunda quedará sometido al resultado, ya que la Ley no le permite intervención alguna. A nuestro juicio nos parece más acertado que el juzgador frente a la prueba practicada que le ha sido insuficiente pueda intervenir acordando la que estime que podrá ayudarle, a que goce de iniciativa al comienzo del proceso cuando todavía no se tienen resultados. Independientemente de que esa intervención en el inicio nos parezca poco acertada, puesto que no se trata de acordar de oficio sino solo de sugerirlo, de ahí que hablemos de iniciativa frustrada puesto que no puede acordar prueba, y camuflada, ya que la pone en práctica a través de las partes. En cualquier caso, es importante tener en cuenta que en un momento posterior si hiciesen falta las pruebas que, con base en este artículo, el juez sugirió pero las partes no solicitaron, no podrán pedirse posteriormente ni siquiera como diligencia final, ya que la regulación de estas diligencias que posteriormente estudiaremos, establece expresamente que no podrán solicitarse por lo que inevitablemente quedarán fuera del proceso. Con esto conviene matizar que la advertencia del juez a las partes, considerando que es él quien dictará sentencia, nos parece que en principio debería ser incorporada a las solicitudes de las partes siempre.

En el caso de que en el juicio verbal el juez opte por poner de manifiesto a las partes la insuficiencia probatoria, va a resultar más complicado puesto que si las partes lo toman en consideración, puede ocurrir que no dispongan en ese momento del material con el que completarlo satisfactoriamente teniendo que interrumpirse la vista, lo que de alguna manera quiebra la celeridad y concentración prevista para dicho proceso. Existe alguna propuesta de que la advertencia se haga tras la práctica de la

prueba, para evitar así que se suspenda el juicio verbal por algo que quizá tampoco hubiera hecho falta. En este caso entendemos que dicha solución no es apropiada puesto que, el artículo 429.1.II lo que trata es la insuficiencia de prueba en el momento de ser propuesta y no tras ser practicada, luego la solución vendría a establecer una nueva situación que la LEC no recoge. Otra cosa es que bien podría articularse que, si tras la práctica de la prueba el tribunal considerase en ese momento que para el buen fin del proceso sería conveniente realizar otra prueba, lo lógico sería que no hubiera inconveniente en acordarla y que lo hiciera por sí mismo de oficio, pero esta solución igualmente establecería una posibilidad que hoy en día la LEC rechaza, puesto que se han derogado las diligencias para mejor proveer. Luego, debemos ceñirnos a la regulación actual y entender que los debates sobre este tipo de facultades nos llevarían a un cambio de la orientación que el legislador quiso dar al proceso civil de este momento.

Para ARAGONESES MARTÍNEZ existe contradicción entre este artículo y los principios inspiradores de la LEC, puesto que “si se permite al tribunal sugerir pruebas a las partes en el momento de la proposición, cómo negárselo en el momento de la valoración”<sup>313</sup>. Esto es así porque la LEC le otorga esta facultad de actuación en el momento inicial del proceso, pero en cambio no le otorga posibilidad alguna de intervención (salvo repetición de prueba a través de las diligencias finales como veremos posteriormente), cuando se abre el periodo de dictar sentencia. Ha eliminado las diligencias para mejor proveer que suponían una intervención tras el juicio por motivos de salvaguarda de los principios rectores, pero le otorga intervención en el momento inicial. Existe contradicción porque no se puede quitar iniciativa probatoria de oficio de un momento procesal, justificando que se hace para no vulnerar determinados

---

<sup>313</sup> ARAGONESES MARTÍNEZ, S., CUBILLO LÓPEZ, I., HINOJOSA SEGOVIA, R., PEITEADO MARISCAL, P., TOMÉ GARCÍA, J.A., *Algunas cuestiones controvertidas sobre la prueba en el proceso civil*, Ed. Cóllex, Madrid, 2004, pág. 24.

extremos, para tratar de otorgarle mediante una figura nueva iniciativa en otro momento procesal. Si se elimina una figura, no puede incorporarse otra, máxime cuando lo que ha tratado la LEC es de acabar con la iniciativa probatoria de oficio, y así lo ha explicado en la Exposición de Motivos. Lo importante no es el momento procesal, en este caso, sino que si se rechaza la intervención del juzgador en la formación del material probatorio, tiene que hacerse para todo el proceso sin excepciones porque si no, no tiene sentido expresar que se trata de salvaguardar unos principios, que nuevamente pueden verse afectados. Entendemos que lo que se trata es de posicionarse en torno a la cuestión de si se concede o no iniciativa probatoria de oficio, para una vez tomada esa decisión, redactar la regulación. Si se toma la opción de rechazarla, debe por tanto, de manera coherente, rechazarse en todo el articulado. Si por el contrario se escoge la opción de que el juez goce de iniciativa probatoria de oficio, habrá que estar a la cuestión principal de en qué momento se le concede. A nuestro juicio el momento idóneo es el dedicado a dictar sentencia, una vez que las partes han actuado como libremente han querido y el juzgador se ha mantenido al margen respetando su imparcialidad.

Respecto a si este artículo vulnera el principio dispositivo entendemos que esta vulneración no se produce, puesto que las partes previamente a esta advertencia han llevado los hechos al proceso. Debemos entender que podrá extenderse la advertencia del juez tanto a hechos controvertidos sobre los que no se ha presentado prueba, como que se practiquen más pruebas además de las presentadas por las partes para probar determinados hechos sobre los que sí se ha presentado prueba. Pero en ningún caso el juez introduce nuevos hechos para que sean probados, luego el principio dispositivo queda salvaguardado ya que son las partes en exclusiva las encargadas de traerlos al proceso. En todo caso sería del principio de aportación ‘de parte’ el que se



vulnera, puesto que el juzgador está sugiriendo a las partes las pruebas que deben solicitar, ya que por sí mismo a través de iniciativa de oficio no puede acordarlas. Entendemos que el juez influye a las partes haciéndoles transformar su material probatorio, su *aportación*, ya que lo que ellas traían inicialmente al proceso, se ve completado (aunque preferimos decir modificado). Además entendemos que queda vulnerada es la imparcialidad del juzgador puesto que el juez interviene haciendo que se modifique el material probatorio inicialmente presentado, lo que puede variar el desarrollo del proceso. Las partes acuden con unas pruebas que arrojarán un resultado; el juez interviene realizando la advertencia y las partes a raíz de ésta modifican el material presentado. Esto da lugar a que el resultado del proceso pueda modificarse ya que el material probatorio ya no es el mismo que el del principio, lo que supone a nuestro juicio un quebrantamiento de la postura de imparcialidad que debe guardar el juzgador en torno al material probatorio en ese momento. Cuestión distinta es que una vez finalizado el acto del juicio o de la vista, y retirado el juzgador para dictar sentencia encuentre dudas que debe resolver y acuerde entonces de oficio la prueba que estima conveniente. Las partes en este caso habrían actuado en igualdad, dispuesto de los mismos medios hasta el final, y el juez ahora por sí mismo realizaría una actuación destinada a su propio convencimiento. Esto es por lo que el art. 429.1.II nos parece inapropiado porque el juez actúa no por sí mismo, sino que lo hace a través de las partes por la imposibilidad de acordar él esa prueba, ya que supondría una iniciativa probatoria de oficio dentro del periodo probatorio que es algo no regulado por la actual LEC, ni por la anterior. Finalmente lo que tenemos como resultado es que dicha iniciativa de oficio tenga lugar a medias, poniendo a las partes en la tesitura de realizar una forzada proposición de una prueba, que a nuestro entender o bien debería poder acordarla el órgano, o bien debería prescindirse de este artículo.

### 3.2.3. Naturaleza jurídica

Otro punto controvertido del contenido del artículo es el análisis de su naturaleza jurídica, es decir, si se configura como una facultad del tribunal o si se trata de un deber. Son variadas las opiniones doctrinales, y poco a poco comienzan a recogerse también decisiones jurisprudenciales que ayudan a aclarar cual es la postura más generalizada sobre este tema. Podemos encontrar como la Audiencia Provincial de Ourense, Sección 1ª, en sentencia de 25 de mayo de 2005 [La Ley 118133], recogió a raíz de la facultad del art. 429 que, “ello no puede interpretarse en el sentido alegado por la parte apelante, como una obligación del Juzgador, sino como una facultad de este, facultad que, por lo demás, está sometida al principio de justicia rogada (art. 216 de la LEC) y a las normas de distribución de carga de la prueba contenidas en el art. 217 de la LEC, lo que en términos razonables supone que al tribunal le está prohibido suplir la inactividad probatoria de las partes, so pena de subvertir el principio contenido en el artículo 216 de la LEC siendo claro, por lo demás, que la aplicación de lo establecido en el artículo 217 de la LEC, en el que se regulan las normas de la carga de la prueba, normas según las cuales correspondía al actor-apelante la carga de probar tanto la existencia como la cuantía de los daños y perjuicios que dice se le irrogaron, resulta obligada para la parte ahora apelante, que no puede escudarse, para justificar sus posibles deficiencias probatorias, en el artículo 429.1 de la LEC”, con lo que quería dejar claro que el tribunal no puede hacer de más por llegar a esa verdad. Las posiciones doctrinales que conciben esta advertencia sobre la insuficiencia de prueba como un deber son minoritarias, y basan su tesis en el tiempo verbal empleado por el legislador cuando dice “lo pondrá de manifiesto”. Entienden que se trata de una orden que emana de la LEC hacia el juzgador, por la que éste debe declarar la posible insuficiencia probatoria que afecta al material probatorio aportado por las partes, de forma obligatoria

en todo proceso. Para razonarlo lo comparan con la segunda posibilidad otorgada al órgano en el artículo, como es que “podrá señalar también la prueba...”, donde distinguen ahora en este tiempo verbal una opción de hacer. Así estos autores entienden esta advertencia del art. 429.1.II como una auténtica forma imperativa deducida de la expresión “lo pondrá de manifiesto”, ya que si el legislador no hubiese querido poner esa nota de obligatoriedad, hubiera optado por otra redacción como por ejemplo, ‘podrá manifestar’. Luego en el caso de que el juez se enfrente a la situación en la que descubra una insuficiencia probatoria, no puede prescindir de darle solución, como señala DAMIÁN MORENO “no estamos ante una facultad de la que pueda hacer uso a su prudente arbitrio sino que la ley configura esta posibilidad como una auténtica obligación”<sup>314</sup>, luego la Ley le está imponiendo el deber de realizarla. Comenta RÍOS LÓPEZ que si en este caso establece la Ley un deber, éste va a hacer surgir una cuestión posterior como es “hasta qué punto se puede o debe establecer una fórmula de control del mismo, y en su caso, qué consecuencias derivan de su infracción”<sup>315</sup>.

Efectivamente entre estos autores existe discrepancia sobre su alcance, es decir, sobre si es jurídicamente exigible y determinante de responsabilidad para el juzgador la inobservancia de este artículo, o si por el contrario no provoca sanción alguna. Nos parece que la postura de que la inobservancia no lleve aparejada consecuencia alguna no tiene sentido, pues de qué sirve establecer una obligación si no ocurre nada a raíz de su incumplimiento. Si va a entenderse como deber lógicamente tendrá que cumplirse, y si no se cumple tendrá que acarrear alguna responsabilidad puesto que si no, no estamos hablando de una obligación. Señala DE PINA VARA que ‘obligación existe

---

<sup>314</sup> DAMIÁN MORENO, J., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, dirigida por LORCA NAVARRETE, A.M., Ed. Lex Nova, Valladolid 2000, pág. 2160. Entendiéndolo como deber, pregunta el autor “qué trascendencia tiene el hecho de que no cumpla debidamente con las funciones asistenciales que esta ley le encomienda”.

<sup>315</sup> RÍOS LÓPEZ, Y., en *Aspectos prácticos de la prueba civil*, Ed. Bosch, Barcelona, 2006, pág. 429.

cuando la inactividad da lugar a una sanción jurídica<sup>316</sup>. Lo cierto es que si el artículo 429.1.II se configura como un deber del juzgador del que no puede prescindir, la Ley está obligando a una actuación que si no se realiza, no ocurre nada. Esto es así porque no recoge la Ley ningún tipo de sanción a esta omisión, luego nos parece que si consideramos el artículo como deber, nos encontramos con este problema. El silencio por tanto dentro del texto legal es patente, aunque jurisprudencialmente podamos encontrar casos de nulidad de actuaciones como consecuencia de la inobservancia. Como plantea acertadamente DAMIÁN MORENO: ‘¿a quién cabe imputar los errores que se produzcan cuando el juez no acierte en su apreciación? ¿a quién habría que achacar las consecuencias negativas de la falta de prueba de un hecho en estas circunstancias?’<sup>317</sup>.

Lo que no parece claro tampoco es a la hora de una posible exigencia de responsabilidad al juez, quién se daría cuenta de que el juez no hizo uso de la posibilidad de advertencia que el artículo le confiere, y así poder pedir dicha responsabilidad. Para el caso de que fuese la parte, parece no tener sentido pues ella misma si observa que su material probatorio está incompleto, en el acto de la vista podrá completarlo, y para el juicio ordinario lo completaría en la audiencia previa. Luego en el acto del juicio, la parte no podrá adivinar que el juez sabía que faltaba algo y que no lo dijo, y el juez siempre dirá que él no observó dicha insuficiencia. Y si la parte se da cuenta parece evidente que intentará completarlo y no guardará silencio, sino que es de esperar que completase ella misma la prueba. Y si fuese el propio juez el que sintiese que carece de alguna prueba en el momento de dictar sentencia y que debió proponerla en ese momento, tampoco podrá hacer nada para incorporarla puesto que esa posibilidad no tiene cabida en las diligencias

---

<sup>316</sup> DE PINA VARA, R., Tratado de las pruebas civiles, Ed. Porrúa, México, 1981, pág 84.

<sup>317</sup> DAMIÁN MORENO, J., ob cit., pág. 2161.

finales, puesto que eliminan la iniciativa que tenía el juzgador con las diligencias para mejor proveer. De esta forma el juzgador con las diligencias finales solo podría solicitar una repetición de prueba que no tuvo el resultado esperado, y que por tanto ya fue propuesta y admitida, que no sería el caso de material incompleto que es del que se trata. Y parece que tampoco tiene sentido que en el caso de que pudiese exigirse una responsabilidad al juzgador por no hacer uso del artículo 429.1.II LEC, sea él mismo quien diga que ciertamente no hizo uso del mismo pese a que sabía que existía insuficiencia. Ciertamente, resultará complicado advertir que no se hizo uso por parte del juzgador del artículo 429.1. II, salvo casos muy concretos.

Una de las consecuencias posibles de la inobservancia del juzgador de hacer uso del art. 429.1II LEC sería la nulidad de la sentencia, que obligaría a retrotraer las actuaciones al momento de la audiencia previa, o de la vista. Lo que conseguimos al anular la sentencia es situarnos de nuevo en el momento en el que el juez debe realizar la advertencia de falta de prueba, para que las partes en su caso, propongan en consecuencia con lo sugerido por el tribunal. Para que pueda darse esta nulidad de actuaciones debe existir indefensión de las partes tal y como señala la Audiencia Provincial de Córdoba<sup>318</sup>, que deja claro que cuando la conducta pasiva del tribunal en esta cuestión haya dado lugar a que se prive a una de las partes a defender su postura dictándose una sentencia desestimatoria por falta de prueba, debe tener como consecuencia la nulidad de actuaciones. Se entiende entonces que, “la nulidad dependerá del resultado negativo para la parte a la que el tribunal no ha hecho las oportunas advertencias”, como señala SERRANO MASIP<sup>319</sup>. Matiza MARTÍN DE LA LEONA que “las discusiones en torno a la naturaleza de la nulidad oscila entre, de un lado, su consideración como una sanción -o pena- que la norma legal hace

---

<sup>318</sup> SAP Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 2ª, 27 septiembre 2005, [La Ley 186242/2005].

<sup>319</sup> SERRANO MASIP, M., “La intervención del tribunal ante...”.

recaer sobre un acto procesal viciado, en virtud del cual se priva al mismo de alcanzar los efectos normales, que en caso de su correcta realización le vienen previstos, y de otro, como una consecuencia lógica al incumplimiento de aquellos requisitos a los que liga la ley determinados efectos”<sup>320</sup>. Luego la nulidad será el efecto que tendrá la inobservancia de este artículo si se considera como una obligación del Juzgador y no como una facultad.

Por otro lado encontramos la doctrina en este caso mayoritaria, que considera esta indicación de insuficiencia probatoria como facultad, y no como deber. Esta corriente niega esa posibilidad basándose también en la redacción del precepto, el cual consideran que debería de tener mayor indicación concreta de deber, como “el tribunal deberá..” o “será deber del tribunal..”, y también porque no se señalan las consecuencias de dicha omisión. Para FERNÁNDEZ LÓPEZ “resulta difícil considerar que está obligado a hacer uso de ella, fundamentalmente porque no se establece sanción alguna para el caso de que la incumpla”<sup>321</sup>. Porque no tiene sentido imponer un deber cuya no realización, no conlleve algún efecto. Para estos autores el art. 429.1.II resultaría ser una alteración del principio de aportación de parte al indicar el tribunal la idoneidad de la prueba propuesta, y el hecho posterior de completarla si se diese el caso. No puede dicho artículo como señala DE LA OLIVA SANTOS, configurar una nueva responsabilidad judicial porque sería excesiva e ilógica. Señala acertadamente que “la generalidad de los sistemas procesales civiles, y también el nuestro, vienen a entender que no sería ni razonable ni asequible (más bien resultaría imposible) que fuese el Estado, a través de los tribunales, quien hubiera de ocuparse -con la correlativa responsabilidad- de comprobar la certeza de los hechos, que configuran la inmensa mayoría de los casos llevados ante los órganos jurisdiccionales

---

<sup>320</sup> MARTÍN DE LA LEONA ESPINOSA, J.Mª, ob. cit., pág. 110.

<sup>321</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., ob. cit., pág.68.

civiles. Enteramente utópica- y estremecedora, para personas experimentadas- sería la visión de un aparato estatal o público encargado, no ya de comprobar lo que los ciudadanos y los sujetos jurídicos adujesen como actos ilícitos de toda clase, sino de investigar todo género de ilicitudes, también de las civiles y mercantiles, para aplicar el Derecho en todos los casos. Idealmente podría pensarse en la perfección”<sup>322</sup>. Además nos encontraríamos como ha resaltado la jurisprudencia, con una figura jurídica de difícil control pues se basa en la apreciación subjetiva del juzgador para llevarse a cabo, por lo que, cómo se puede saber si el juzgador sabía o no en el momento en el que pudo decirlo, que luego el proceso se vería afectado por falta de prueba. Apunta FERNÁNDEZ LÓPEZ que de cara a la nulidad va a ser difícil apreciar si fue porque realmente se dio cuenta de la insuficiencia pero no lo indicó a las partes, o porque no apreció que se fuera a producir esa falta de prueba<sup>323</sup>. Entendemos que frente a esta duda posible, la parte en apelación deberá probar que efectivamente hay una relación causa-efecto entre la no indicación de la insuficiencia y el resultado del fallo, y que el juez efectivamente sabía que la prueba no solicitada iba a ser primordial. Resulta difícil esta demostración, salvo claro está situaciones tales como la inadmisión por parte del juzgador de una prueba, que posteriormente en la sentencia sea considerada como vital. La Audiencia Provincial de Córdoba, en Sentencia anteriormente señalada, [LA LEY 1554170/2003], dispone que “no puede pues seriamente defenderse que ante la desestimación por falta de pruebas, se sostenga que el juez de instancia debió subsanar una deficiente llevanza del proceso, *ab initio* y menos aún que sea dicho juez civil quien deba señalar al letrado (profesional del Derecho) las pruebas que deban proponer para ganar el pleito, el inciso 2 del art. 429 núm. 1 menciona el término, “podrá”, ya que

---

<sup>322</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho procesal civil*, Ed. Universitaria Ramón Areces. Madrid, 2004, pág. 306.

<sup>323</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., ob. cit., pág.68.

en otro caso de admitirse la interpretación de la recurrente, nunca podría desestimarse una pretensión por insuficiencia probatoria”.

Nuestra opinión sobre la naturaleza de este artículo es que se trata de un deber que la Ley impone al Juzgador, puesto que señala que ‘lo pondrá de manifiesto’, expresión de la que entendemos nace una obligación. Sea o no voluntad del legislador que el juez obligatoriamente realice la advertencia, lo cierto es que se hace un escaso uso de este artículo en la práctica probablemente porque la inexacta redacción, da lugar a que el juzgador la mayor parte de los casos prefiera obviarlo. Es más, entendemos que una de las razones sea que el juzgador no se siente cómodo exponiendo a las partes qué prueba deben solicitar, cuando al mismo tiempo deben procurar no suplir a las partes en sus obligaciones, como les señala la Exposición de Motivos. GUASP en uno de sus comentarios a la Ley de 1881 concretamente cuando trata las diligencias para mejor proveer, realiza un comentario que es entendemos de aplicación al caso. A raíz del planteamiento sobre el hecho de que, cuando una parte propone una prueba procedente y ésta se inadmite esto origina la posibilidad de recurso, el autor cuestiona ¿por qué si el juez no actúa usando todos los medios de los que dispone para hallar la verdad no ocurre nada?, a lo que responde que es consecuencia de no solo “ la naturaleza de tales poderes que están configurados como facultades y no deberes del juez, sino por la misma estructura del proceso civil que en su régimen actual no sabría recoger la actividad forzosa judicial en la formación del material de decisión”<sup>324</sup>. Es interesante el comentario ya que setenta años después y con una legislación procesal civil reformada, la actual LEC tampoco ha sabido, tal y como exponía el autor para la LECA, recoger que en este caso el art. 429.1.II sea de aplicación forzosa. Parece que tanto las diligencias para mejor proveer a las que se refería GUASP, y el art. 429.1.II efectivamente son

---

<sup>324</sup> GUASP, J., ob. cit., pág. 120.



facultades y no deberes del juez, luego no cabe exigencia legal alguna para su aplicación. Lo cierto es que en la práctica se ha adoptado como facultad y como deber dependiendo de los casos, lo que a nuestro juicio es precisamente lo que ha de evitarse siempre, ya que produce inseguridad jurídica.

Con la actuación del juzgador lo que se trata es de consagrar el ‘principio de compensación’ destinado a equilibrar la desigualdad material de las partes produciendo por ejemplo que una de ellas, normalmente la que tiene menos medios económicos, se encuentre en una situación de indefensión por el acierto de su abogado a la hora de proponer prueba<sup>325</sup>. Situación en la que el tribunal deberá corregir el defecto, y además indicar el medio probatorio cuya solicitud de práctica ha olvidado. Este principio de compensación podría no ser necesario puesto que, si las partes acuden con abogado al proceso, ¿por qué debe el juez hacer el trabajo que les corresponde a estos profesionales? Sí parece existir cierto peligro, pues hay que reconocer que las partes al saber este deber de ayuda del juez a elaborar el material probatorio, la tendencia más habitual con el tiempo puede ser el descuido de las partes en esta fase del proceso, como se viene señalando. Pero igualmente podemos pensar que por el contrario, al conocer las partes que el juez puede acordar todo lo que estime necesario, ocurra que en lugar de descuido la parte sea más diligente si cabe, ya que el hecho de que el juez intervenga, precisamente puede no beneficiarle en absoluto. De todas formas hay que entender esta intervención, no como una sustitución plena de la actividad probatoria de las partes, sino que una vez que han presentado prueba el órgano completa algún punto. Con este artículo no se abre todo un abanico de posibilidades probatorias, sino una

---

<sup>325</sup> GIMENO SENDRA, V., ob. cit., pág. 284.

actuación sujeta a lo contenido en los autos<sup>326</sup>. También la Exposición de Motivos en su apartado XII recoge que ‘la ley considera improcedente (...) cualquier actividad del tribunal que, con merma de la igualitaria contienda de las partes, supla su falta de diligencia y cuidado’. De ahí que el juez sepa que no está para suplantar a las partes, y lo cierto es que tampoco dispone de tiempo para hacerlo. Por eso la mayoría de autores miran con recelo este artículo, como DAMIÁN MORENO, que ve “importantes problemas de interpretación”<sup>327</sup>. Para PICÓ I JUNOY y ABEL LLUCH este artículo va a utilizarse básicamente en los supuestos de simples olvidos en la proposición de prueba, y en los casos de insuficiencia clara al inicio, pues recogen estos autores que así vienen entendiéndolo varias Audiencias Provinciales. El uso real será escaso, ‘porque conlleva más problemas que bondades, ya que no encaja en un proceso presidido por los principios dispositivos y de aportación de parte’<sup>328</sup>. La Audiencia Provincial de Lugo, Sección 1ª, en sentencia de 29 de mayo de 2002 [JUR 2002\191656] expone que el art. 429.1 tiene grandes problemas de interpretación, ya que el artículo responde a un sistema diferente del art. 282 y 217 por el que el Juez se convierte en inquisidor con el riesgo de prejuzgamiento y quiebra de igualdad de armas. Añade que es una contradicción que se observa con la lectura de la Exposición de Motivos, e incluso en la regulación de las diligencias finales, lo que lleva a una indeterminación de modelo de proceso, que algunos autores califican de “esquizofrénica”.

---

<sup>326</sup> PICÓ I JUNOY, J., ABEL LLUCH, X., ob cit, pág. 51. Señalan QUE el juez no va a poder manifestar la insuficiencia probatoria en cuanto a material probatorio relativo al fondo de la litis, y que las partes debieron presentar con la demanda y la contestación, ni podrá el juez solicitar una prueba pericial que las partes no interesaron en el momento oportuno.

<sup>327</sup> DAMIÁN MORENO, J., ob. cit., pág. 2159. Plantea “¿qué sentido tiene establecer reglas sobre la carga de la prueba si después concede la Ley al juez, con el riesgo de prejuzgamiento, la posibilidad de suplir la inactividad de las partes”. Además para el autor el art. 429.1.II LEC no puede resolver el problema de la insuficiencia probatoria cuando ésta “solo puede ser valorada al final del proceso, que es cuando entran en juego las reglas de la carga de la prueba”. Venimos a compartirlo ya que se ha trasladado al principio del proceso, una actividad que venia haciéndose al final del mismo que es cuando se cuenta con todo el material.

<sup>328</sup> PICÓ I JUNOY, J., Y ABEL LLUCH, X., ob cit, pág. 66.

Parece interesante la cuestión que añade MARTÍN OSTOS preguntando si, “¿podrá la parte ante la sugerencia del tribunal proponer nuevos medios de prueba tendentes no solo a satisfacer la insuficiencia probatoria de los hechos destacados por el tribunal, sino cualquier otro alegado y cuya necesidad se desprende de la observación del mismo?”. Frente a esto, ABEL LLUCH contesta negativamente puesto que se trata de una indicación particular e individualizadora<sup>329</sup>. Lo que plantea esta cuestión es qué ocurre si como consecuencia de la indicación del tribunal, la parte se da cuenta de que existe un elemento de prueba que podría ser satisfactorio y que no ha presentado, ¿podrá entonces aprovechar este momento para hacerlo, aunque sea diferente de la sugerencia del juez? ¿Afectaría aquí la preclusión de las pruebas? Por su parte GARBERÍ LLOBREGAT defiende que la parte podrá completar o modificar sus proposiciones de prueba, proponiendo nuevos medios probatorios o sustituyendo alguno o algunos de los inicialmente propuestos, “por otros diferentes o más ambiciosos”, aunque señala que “se arriesgan a que con posterioridad, llegado el momento de emitir la sentencia sobre el fondo del conflicto, el tribunal pueda considerar no probados aquellos hechos controvertidos cuya adecuada acreditación sugirió en su momento”<sup>330</sup>, claro está para el caso en el que la parte solicite otros distintos y no incluya los sugeridos por el Tribunal. A nuestro juicio, una vez realizada la advertencia del órgano, las partes únicamente podrán solicitar pruebas en relación con la sugerencia del tribunal, o la prueba recomendada directamente por él. En ningún caso podrán ampliar en ese momento las pruebas solicitadas aludiendo a otros extremos, pues en la práctica una vez que las partes exponen los medios de prueba de los que van a valerse, y habiendo intervenido todas ellas, el juzgador tomará la palabra para admitirlas o inadmitirlas, realizar en todo

---

<sup>329</sup> ABEL LLUCH, X., y PICÓ I JUNOY, J., *Los poderes del juez en materia probatoria*, Ed. Bosch, Barcelona, 2003, pág. 50.

<sup>330</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, y BUITRÓN RAMÍREZ, G., ob. cit., pág. 185.

caso la advertencia de este artículo, y por último conceder la palabra a las partes para el caso de que quieran tener ésta en cuenta, pero no para darles la posibilidad de incluir propuestas de prueba diferentes, que estarían afectadas por la preclusión. Existen discrepancias en la doctrina, concretamente entre los autores GIMENO SENDRA y ABEL LLUCH, en lo relativo a si esta advertencia del juez será dirigida a una de las partes en concreto (lógicamente a la que se ve afectada), o si va a realizarse sobre los hechos sin matizar a quien va a afectarle. GIMENO SENDRA argumenta que la proposición de la prueba la hará la parte a la que se ha dirigido la observación, dando por hecho este autor, que el juez se ha dirigido a ella directamente para decírselo<sup>331</sup>, mientras que para ABEL LLUCH, la indicación de la insuficiencia va dirigida a los hechos, no a la parte que la va a padecer, es tal y como dice el autor, individualizadora de los hechos y no de la parte. No existe esa observación directa juez-parte, sino que el juez advertirá sin más qué hechos necesitan más prueba a su juicio, y la parte que crea verse afectada propondrá o no, otros medios probatorios para basar su pretensión, o defenderse<sup>332</sup>. Con una lectura estricta del artículo 429.1.II, se entiende que “lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos, que a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria”. Compartimos la postura de ABEL LLUCH, entendiendo que el órgano indicará a las partes, ya que lo matiza en plural, y que no va a tratarse de una advertencia en concreto a una de ellas acerca los hechos que van a verse afectados, sin que por consiguiente pueda deducirse que existe ese contacto directo juez-parte. Siendo así, debemos entender que en el desarrollo de la audiencia previa, si el juez observa hechos que pueden verse afectados por falta de prueba lo expondrá puntualizando los hechos de manera concreta, y de manera general a las partes sin dirigirse de forma específica a alguna de ellas; a nuestro juicio existirá generalidad en las partes,

---

<sup>331</sup> GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Civil, parte general*, Ed. Colex, Madrid, 2007, pág.488.

<sup>332</sup> ABEL LLUCH, X., *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, Ed. Bosch, Barcelona, 2005, pág. 132.

y concreción en los hechos. A continuación, las partes decidirán si le afecta a ellas o no, e igualmente deberán tomar la decisión de si quieren proponer las pruebas que le indica el juez.

En lo que sí coinciden todos los autores es en la necesidad de que el legislador hubiese redactado con más detalle el artículo, dejando todos los puntos ahora cuestionados resueltos. Señala acertadamente CALAMANDREI que “el buen legislador debe estar dotado de una cierta imaginación pero atenuada en sentido histórico, a fin de conseguir prever con suficiente aproximación cómo habrán de ser acogidas por los que deberán observarla, las leyes que él apuesta en vigor”<sup>333</sup>, cuestión que con este art. 429.1.II entendemos que no logra, puesto que los propios juzgadores limitan su uso al no tener una concepción clara de actuación respecto del mismo. Es por esto, por lo que al tratarse de la primera vez que se pone en práctica una facultad así, hubiese sido oportuno una matización más amplia sobre cómo los juzgadores deben utilizarla, ya que indudablemente podría haber puesto fin a las dudas que plantea la doctrina. A nuestro juicio el art. 429.1.II nos parece inapropiado en una Ley que rechaza la intervención del juzgador en la formación del material probatorio -con la derogación de las diligencias para mejor proveer- pero que en cambio parece querer dejar un pequeño margen, a fin de aplacar futuras críticas.

Para la correcta aplicación del artículo 429.1.II, es necesario por tanto, la salvaguarda de la seguridad jurídica, y ésta se consigue con la imposición de unos límites, en concreto destacamos tres límites. El primero se refiere a los hechos objeto del debate; el juez no podrá bajo ningún concepto introducir hechos distintos a los alegados por las partes en sus escritos iniciales. El segundo límite, circunscribe la actuación del juez, negándole la posibilidad de

---

<sup>333</sup> CALAMANDREI, P., ob. cit., pág. 260.

utilizar fuentes de prueba distintas a las que ya existen en los autos. Aquí cabría una matización y es que, como señala ABEL LLUCH, el artículo plantea una fórmula abierta lo que quiere decir que, bastará con que esa fuente de prueba pueda deducirse de los autos, no haciendo falta que se encuentre registrada nominatum<sup>334</sup>. Y el último límite que se impone es que, exista la contradicción entre las partes a la hora de fijar los nuevos medios de prueba incorporados a raíz de la propuesta por la insuficiencia probatoria. De esta forma se pretende garantizar el derecho de defensa de las partes sobre los mismos, y que no tenga lugar una posible nulidad de actuaciones posterior.

A nuestro juicio el art. 429.1.II tiene dos críticas fundamentales: la primera, es que a través de dicho artículo el juzgador que no tiene iniciativa probatoria de oficio reconocida, lo que hace es desplegarla mediante su insinuación a las partes para que ellas la lleven a cabo. Directamente él no puede acordar de oficio pruebas, y lo que se consigue con este artículo es que lo haga indirectamente diciéndole a las partes que las soliciten. Nos parece enrevesado, y una intromisión en la formación del material probatorio ya que a raíz de la advertencia éste con seguridad será modificado, y por tanto el juez está cambiándolo en un momento procesal en el que no debería tener intervención puesto que ésta influye en el curso del proceso. De ahí que entendamos que el juez vulnera su imparcialidad haciendo que las partes actúen de una forma u otra, en lugar de mantenerse al margen y dejando que sean ellas en igualdad de condiciones las que defiendan sus posturas. Y la segunda crítica es que el momento de intervención del juzgador como hemos señalado no lo compartimos, por encontrar más adecuado que lo haga dentro del plazo para dictar sentencia. Elegimos este momento porque el juicio ha terminado, y las partes han contado con los mismos medios para tratar de ganarse el resultado satisfactorio. Cuando el juez se retira para dictar

---

<sup>334</sup> ABEL LLUCH, X., ob. cit., pág. 143.

sentencia es un periodo reservado a él, y si encontrase dudas sobre algún punto entonces sí debería poder intervenir para solucionarlas. Defendemos la iniciativa probatoria de oficio pero no en este momento procesal, y a través de medios que garanticen de manera incuestionable las garantías del proceso.

#### **3.2.4. La inobservancia de la advertencia como posible actuación de oficio**

Después de haber visto cual es el fundamento del precepto vamos a analizar, qué ocurre si una vez advertida por el tribunal la insuficiencia probatoria a las partes, éstas decidiesen no tenerla en cuenta y no completar su material; ¿podría entonces el juez de oficio proponer la prueba que sugirió a las partes por considerarla necesaria? GIMENO SENDRA contesta afirmativamente al considerar que aunque el artículo 429.1.II no dice nada al respecto, podría aplicarse la regla del art. 282 por la cual si bien la prueba es a instancia de parte, el juez puede hacer de oficio que se practiquen determinadas pruebas, por lo que podrá acordarla él<sup>335</sup>. Esto debe ser entendido no como una práctica habitual en la que si las partes rechazan la sugerencia el juez automáticamente acuerda la prueba, sino como un supuesto que se daría en casos excepcionales, puesto que la iniciativa probatoria de oficio en la LEC es tratada de excepcional. Aún así, en nuestra opinión no se puede tener en cuenta el art. 282 para este caso, puesto que lo que establece es que el juez podrá de oficio acordar que se practiquen determinadas pruebas pero “cuando así lo establezca la ley”, y en el artículo 429.1.II la Ley no dice nada. A nuestro parecer no estaría dentro de la posibilidad de actuación de oficio al no recogerse de forma específica dicha posibilidad. Lo que se plasma en el artículo 282 son situaciones en las que el juez actúa de oficio porque así se lo permite expresamente la ley, tal y como serían los casos de los artículos 435.2 cuando establece “excepcionalmente podrá el tribunal acordar, de oficio

---

<sup>335</sup> GIMENO SENDRA. V., *El derecho procesal civil*, Tomo I, Ed Colex, Madrid, 2001, pág. 391.

o a instancia de parte, que se practiquen de nuevo pruebas...”, el art. 752 “sin perjuicio de las pruebas que se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal y de las demás partes el tribunal podrá decretar de oficio cuantas estime pertinentes”, el art. 763.3 “además, y sin perjuicio de que pueda practicar cualquier otra prueba que estime pertinente para el caso, el tribunal deberá examinar...”, o el art. 770.4 “durante este plazo el tribunal podrá acordar de oficio las pruebas que estime necesarias para comprobar...”. Aquí sí tiene cabida el art. 282 pues nos remite a casos en los que la Ley otorga de manera expresa al juzgador iniciativa probatoria de oficio, pero en el art. 429.1.II no expresa de igual forma, es más deja claro que, “las partes podrán modificar o completar sus proposiciones de prueba...”, lo que deja fuera toda actividad probatoria del juzgador pues no lo nombra.

En nuestra opinión, entendemos que si la LEC hubiese querido que el juzgador propusiese de oficio la prueba que tras su advertencia la parte rechaza, lo habría plasmado expresamente como en los ejemplos anteriores. Como no ha sido así, debemos entender que esa prueba quedará sin practicarse, haciendo que el tribunal se encuentre frente a la obligación de dictar una sentencia sabiendo que ha adolecido de pruebas suficientes, y que esa situación podría haberse solucionado. Es cierto que la parte en este caso estaría creemos poco resuelta al no tener en consideración las palabras del juzgador, pero puede ocurrir que la parte tenga sus razones para no solicitarla, por lo que debemos cuestionarnos qué ocurriría entonces. Si se entendiese que el juzgador tomando dicho artículo puede sugerir y además acordar la prueba que ha sugerido y se ha rechazado, se estaría dejando una amplia puerta a la iniciativa de oficio en materia probatoria, que teniendo en cuenta los principios inspiradores de la LEC no parece que así lo haya querido el legislador. Lo que sí parece razonable es que pudiendo darse la situación de que pruebas útiles no puedan practicarse por este motivo, el legislador deba



tratar de solucionarlo introduciendo alguna modificación, y así evitar que este artículo pueda tomarse al arbitrio de la interpretación que cada tribunal decida darle, desembocando en una clara inseguridad jurídica. El particular puede encontrarse con juzgadores que hagan uso del art. 429.1.II, y juzgadores que no, lo que resulta perjudicial no por lo que el artículo pueda ya aportarles, sino por recibir un trato desigual en la aplicación de la Ley, que es lo realmente grave. Como señala BANACLOCHE PALAO si se diese esa posibilidad de acordarlas de oficio, para qué entonces advertir a las partes y sugerírsele si puede hacerlo de motu propio<sup>336</sup>. La respuesta entendemos que podría ser para establecerlo como requisito previo a su actuación de oficio, es decir, la necesidad de hacer una advertencia a las partes en primer lugar, y si éstas no lo tuvieran en cuenta, entonces seguidamente el juzgador estaría facultado para acordarlas de oficio, pero no sin antes manifestárselo a las partes. Sería un filtro, un trámite más, pero que limitaría esa iniciativa de oficio, pues lo más probable es que de entrada lo solicitase la parte. Pero rechazamos dicha posibilidad del juzgador de acordarla de oficio ya que nos parece que el contestar afirmativamente permitiéndola, es otorgar iniciativa probatoria de oficio en un texto legal que no parece tener esa intención. Con anterioridad comentábamos que a nuestro parecer la Ley a través de este art. 429.1.II enmascara la iniciativa de oficio, ahora si contestamos afirmativamente, sin ninguna duda se le estaría permitiendo.

Para ARAGONESES MARTÍNEZ “el tribunal no acuerda la práctica de pruebas determinadas, sino que son siempre las partes quienes proponen la prueba, asumiendo o no la admonición del juez”<sup>337</sup>, por lo que en ningún caso actúa de oficio, al igual que exponen GARBERÍ LLOBREGAT y BUITRÓN

---

<sup>336</sup> BANACLOCHE PALAO, J., sobre el art. 429 en *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*, obra realizada conjuntamente con DE LA OLIVA SANTOS, A., DIÉZ-PICAZO JIMÉNEZ, I., VEGAS TORRES, J., Ed. Civitas, Madrid 2001, pág. 725.

<sup>337</sup> ARAGONESES MARTÍNEZ, S., ob. cit., pág. 25.

RAMÍREZ para los que “dicha obligación judicial, para ser legítima y admisible, únicamente deberá limitarse a la mera sugerencia a las partes sobre la conveniencia de completar o modificar su cuadro probatorio”<sup>338</sup>. Para SEOANE SPIEGELBERG se trata de “una mera invitación judicial, por lo que han de ser los propios litigantes los que, en virtud de la misma, completen o modifiquen las pruebas propuestas, sin que quepa su práctica por mor de la manifestación judicial no aceptada por las partes”<sup>339</sup>, o BANACLOCHE PALAO para el que este apartado “no habilita en ningún caso al tribunal a ordenar prueba de oficio en el proceso civil; únicamente puede recomendar a las partes que modifiquen su proposición de prueba..”<sup>340</sup>. Por el contrario expone GIMENO SENDRA que no puede deducirse que por el rechazo de las partes a la sugerencia del tribunal, deba el tribunal disponer su práctica, pero si esa prueba el tribunal la considera relevante tendrá que disponerla puesto que, más tarde no podrá hacerlo, y se encontrará en la tesitura de tener que dictar una sentencia con un contenido determinado por no haber llevado a la práctica una prueba<sup>341</sup>. Es cierto, y lo deseable sería que el órgano no tuviera que encontrarse en esa situación pero no por eso pueden interpretarse las leyes según convenga, y si el legislador como entendemos, no ha matizado permitiendo esta actuación es que la misma no existe. Lo cuestionable es que con la derogación de las diligencias para mejor proveer, efectivamente el órgano deberá resolver sabiendo la falta de prueba sin que ésta pueda solucionarse.

La Audiencia Provincial de Asturias, Sección 4ª, en sentencia de 11 de septiembre de 2003, [La Ley 1553424/2003], recoge acerca de esta

---

<sup>338</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, J., y BUITRÓN RAMÍREZ, G., *La prueba civil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág.186.

<sup>339</sup> SEOANE SPIEGELBERG, J.L., ob. cit., pág.29.

<sup>340</sup> BANACLOCHE PALAO, J., en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Civitas, Madrid, 2001, pág. 726.

<sup>341</sup> GIMENO SENDRA, V., ob cit., pág. 489.

cuestión que “la alegada indefensión de la parte actora, invocada en el escrito de recurso por no haber hecho uso el juzgador de la facultad que le atribuye el artículo 429.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para interesar de las partes que completaran o modificaran su proposición de prueba, si consideraba que las propuestas pudieran resultar insuficientes, debe ser desestimada, tanto porque tal posibilidad se limita al supuesto contemplado en el precepto, esto es si el juzgador considera en el momento de la audiencia previa que pudiera darse una insuficiencia probatoria, circunstancia no acreditada en el presente caso, como porque el aludido precepto ha de ponerse en relación con las disposiciones contenidas en los artículos 216, 217 y 281 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que proclaman el principio de justicia rogada, ponen a cargo de las partes la aportación de los hechos y las pruebas y concretamente imponen al actor la obligación de probar la certeza de los hechos de los que se desprende el efecto jurídico pretendido; sin que pueda compartirse el argumento de la parte recurrente que, de seguirse como ha sido formulado, desplazaría hacia el juzgador la responsabilidad por la insuficiencia probatoria desplegada”. Aquí cabría distinguir que efectivamente según esta sentencia, el juzgador no tiene porqué acordar de oficio lo que no hayan presentado las partes pues no tiene la responsabilidad de traer el material al proceso, extremo que compartimos. Pero el que la pueda o no acordar de oficio ya no es una cuestión de suplencia de responsabilidad de las partes, sino que se trata de un vacío en la legislación que deja sin cubrir el hecho de que el juez pueda necesitar pruebas para dictar una sentencia justa, que no puede acordar de ninguna manera ni en este momento, ni en uno posterior. Para SEOANE SPIEGELBERG el legislador con este artículo tendrá poca fortuna, pues es frustrante el ‘encorsetamiento judicial’ que se demuestra en el precepto, cuando la normativa es no permitir que se realice una diligencia de oficio que podría resolver el problema de la insuficiencia, y ‘alcanzar la justicia material del caso, que no deja de ser un valor fundamental en nuestro

ordenamiento<sup>342</sup>. Expone DE LA OLIVA SANTOS sobre la necesidad de que quienes piden más facultades a favor del juez, tengan en cuenta la situación real que es que ‘los jueces no parecen tener tiempo ni ganas de usar cualquiera de sus facultades menos discutibles en incluso no tener tiempo ni ganas de usar ni cumplir algunos imperativos legales<sup>343</sup>, en el sentido de que no se puede sobrecargar al órgano con otra obligación. Entendemos que si se estimase necesario establecer obligaciones al juzgador en beneficio de los justiciables a los que realmente viene dirigida la Justicia –y que somos todos– no podrá ésta ponerse en cuestión por falta de tiempo, sino que habrá que buscar las soluciones adecuadas para que aquél pueda desarrollar correctamente su trabajo.

Como señalan en su libro los profesores de Derecho Procesal, lo que hace el juez es ‘estimular’ la diligencia probatoria de las partes, pero sin quebrar el principio de aportación, por lo que se basaría en “el juez propone, la parte dispone”<sup>344</sup>. Resulta difícil pensar que la parte a la que pueda afectar dicha insuficiencia no haga caso de la advertencia del tribunal, y se arriesgue a continuar el proceso a sabiendas de que el material necesario está incompleto. Pero hay que señalar que la parte no está en ningún caso obligada a hacerlo, puesto que la advertencia del juzgador no es vinculante para ellas, simplemente se deja a su elección. El art. 429.1.II por tanto como apunta VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, “no deja de ser una manifestación no vinculante y de exclusivo significado orientativo”<sup>345</sup>. Para TAPIA FERNÁNDEZ<sup>346</sup> la parte afectada por la insuficiencia, que denomina ‘aleccionada’, no tendrá más

---

<sup>342</sup> SEOANE SPIEGELBER, J.L., *La prueba en la LEC 1/2000. Disposiciones Generales y presunciones*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2002, pág. 37.

<sup>343</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A., Y DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, I., ob. cit., pág. 390.

<sup>344</sup> Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por los Profesores de Derecho Procesal de distintas universidades españolas, Madrid 1972

<sup>345</sup> VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M., “El nuevo marco procesal civil. Los principios de la nueva Ley de Enjuiciamiento civil”, pág. 526, Revista de Derecho Procesal, Ed. La Ley, nº 5 Mayo 2000.

<sup>346</sup> TAPIA FERNÁNDEZ, I., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2001, pág.1461.

remedio que completar el material que ha presentado. Así que en el caso de que las partes atiendan a esta advertencia, que entendemos sería lo más coherente, deberán indicar oralmente los medios de prueba con los que van a completar la prueba afectada, en el mismo momento de la audiencia previa o en el acto de la vista; en ese momento el juez también a su vez expondrá su parecer sobre las nuevas pruebas tendentes a completar el material. Es decir, una vez realizada la sugerencia por el tribunal, éste podrá indicar o no tal y como señala a continuación el artículo el medio de prueba para completarlo. En este punto las partes no pueden reclamar que se lo indique pues hablamos en principio de una facultad, por lo que cabe que el juez indique el medio de prueba que completaría lo aportado o que no lo indique. Es aquí donde entendemos que se aprecia la clave para saber si el art. 429 es una facultad o un deber ya que parece que en un primer momento la Ley a lo que le obliga –siendo por consiguiente un deber- es a advertir de la existencia de insuficiencia en la prueba, para en un segundo momento –siendo ahora una facultad- poder completarla señalando el medio concreto que estima conveniente, o no hacerlo. A nuestro juicio, si el juez decide poner en práctica el artículo ya que a día de hoy parece no configurarse como deber, parece ilógico que no complete su sugerencia con el medio de prueba que cree conveniente, pues podría darse que la parte propusiese otro distinto al que el juez estaba pensando, y entonces qué es lo que ocurriría, ¿que tendría que volver a indicar la insuficiencia y así hasta que la parte descubra el medio que el juez pretende que se proponga? Parecería más bien un juego de adivinanzas entre el juez y las partes sin ningún sentido, por lo que de ahí que entendamos que debe completarlo.

Nuestra opinión es que la Ley debe otorgar al órgano la posibilidad de actuación en el campo probatorio con la finalidad de que situaciones como ésta puedan tener solución, pues entendemos que la LEC actualmente no lo

permite pues no pretendió dejar abierta mediante este art. 429.1.II la posibilidad de iniciativa probatoria de oficio, sino la creación de una figura intermedia entre la de oficio y la de parte, y verlo de otra manera “es fruto de una interpretación bastante forzada”<sup>347</sup>. Finalmente lo que se pone de manifiesto es que con este artículo se crean numerosas dudas, pues puede interpretarse una y otra vez de maneras distintas, que es exactamente lo que no debe hacerse pero que es la que se hace. Para FERNÁNDEZ LÓPEZ este art. 429 en “los vagos y ambiguos términos en los que se pronuncia, son los que invitan a reflexionar acerca de los problemas prácticos que puede llegar a ocasionar su aplicación”<sup>348</sup>, fundamentalmente además al tratarse de una facultad completamente nueva.

### **3.2.5. Dos casos de interés en la aplicación del artículo 429.1.II**

Un caso particular es el que recoge la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de fecha 23 de junio de 2005, [CENDOJ 0801930152005100143], en un recurso planteado sobre infracción de normas esenciales del procedimiento que entiende la recurrente le ha causado indefensión, y por tanto solicita la nulidad de actuaciones. Nos encontramos ante una situación en la que una vez presentada la prueba por las partes, el juez les comunica que renuncien a cualquier otra prueba que no sea la documental, lo que ya sorprende. Pues bien, después dicta sentencia desestimando la pretensión por falta de prueba, lo que le lleva a incurrir en una contradicción ya que hizo previamente que las partes recortasen su propuesta limitándola a la documental, pasó por alto el juicio de suficiencia de pruebas legalmente previsto y dijo que le bastaba con lo que ya tenía. La

---

<sup>347</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., ob. cit., pág. 69.

<sup>348</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., “*Las facultades probatorias del juez civil previstas en el art. 429.1.II de la LEC*”, Revista de Derecho Procesal y Mercantil, Práctica de los Tribunales, Ed. La Ley, Año II, nº 21, Noviembre 2005.

Audiencia decretó nulidad de actuaciones hasta la celebración del juicio pues consideró que, “en puridad el art. 429 prevé (...) que el juez debería dar traslado a las partes para que propongan sus pruebas, y es a la vista de esta proposición cuando realiza el juicio de pertinencia y después de suficiencia de prueba”. “El magistrado manifiesta desde un principio tenerlo claro, y compelió a los letrados a renunciar a cualquier prueba que no fuese la documental. El Magistrado dejó los autos vistos para sentencia, manifestando que la tendrían al día siguiente, lo que pone en evidencia que en ese momento era consciente de cómo iba a resolver. Y resolvió desestimando la acción del actor por falta de prueba”. “Con ello el Magistrado obvió el juicio de suficiencia probatoria prevista en el art. 429.1 y con ello incurrió en una contradicción. Este comportamiento del Magistrado constituye una vulneración grave del art. 429 que provocó indefensión a la parte actora. Por lo que, de conformidad con el art. 238 LOPJ, procede declarar la nulidad de lo actuado desde la celebración de la audiencia, que deberá volver a celebrarse”<sup>349</sup>.

Desde luego la actitud del Magistrado en este caso no resulta en ningún modo adecuada además porque como señala la Audiencia “el magistrado, directamente, en un tono imperativo e intimidatorio, ‘impropio’ del respeto debido a los letrados que comparecen e intervienen en la audiencia, y sin que viniera justificado por una actitud rebelde de dichos profesionales, dio a entender que le bastaba con la documental instándoles a no proponer más prueba”. Es un caso por tanto excepcional, pero en el que observamos como la Audiencia estima que el art. 429.1.II es un deber que el juez no cumplió y como consecuencia establece la nulidad de actuaciones. Es importante puesto que aquí se observa como todo lo anteriormente expuesto, encuentra cabida en la práctica.

De igual manera la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 3ª, de fecha 27 de noviembre de 2003, [CENDOJ: 312013700320031003779], estimó un recurso planteado a raíz de un proceso sobre la impugnación del ejercicio anual de una sociedad. En este caso ni siquiera constaba el acuerdo social que se impugnaba, y de ahí que “la sentencia desestima la demanda porque entiende que no procede examinar la validez o no de un acuerdo social que para nada consta que haya existido”. La Audiencia estima “que en el acto de la audiencia previa no fue advertido por el tribunal de la insuficiencia de la prueba ni que de oficio pidiera otros que considerara convenientes, por lo que entiende que de resultar insuficientes las pruebas se hubieran pedido otras a la vista de los documentos”. En su fundamento jurídico segundo expone que: “examinado el acto de audiencia previa (...) se observa como efectivamente el letrado demandante no propuso otra prueba que la documental reseñada, los documentos aportados junto con la demanda, y si el juez de instancia entendía, como así lo entendió en la sentencia, que la prueba del actor era insuficiente, puesto que en su sentencia pone de manifiesto que ni siquiera consta el acuerdo social que se impugna, debió hacer uso de la facultad del art. 429 y solicitar ese acuerdo, y al no haber efectuado así ha prescindido total y absolutamente de las normas de procedimiento, causando indefensión al recurrente por lo que se procede a decretar la nulidad de la sentencia, ordenando que se celebre nueva comparecencia previa, y que en su caso el juez examine la suficiencia de las pruebas aportadas, y, en su caso, haga uso de la facultad que establece el art. 429”<sup>350</sup>.

A raíz de esta sentencia cabe plantearse numerosas cuestiones, en primer lugar parece importante como así lo hemos señalado, que la propia Audiencia dice que el tribunal “*de oficio pidiera otros que considerase*

---



*convenientes*”, refiriéndose a los medios de prueba. Importante puesto que para esta Audiencia el tribunal sí podría haber acordado de oficio pruebas que considerase oportunas, si se diese el caso de que la parte no tuviese en cuenta sus advertencias a tenor del art. 429.1.II. Relevante por tanto que en la práctica de una Audiencia se entienda viable la actuación de oficio del tribunal, pese a que no lo recoja expresamente la redacción de la LEC, y yendo más allá de lo que dice estrictamente el precepto permitir esa actuación más activa del órgano a la hora de aplicar este artículo. En segundo lugar, y siendo absolutamente estrictos en el léxico, resulta curioso el planteamiento de la Audiencia sobre el art. 429.1.II y su aplicación, pues es en la misma sentencia donde podemos encontrar contradicción en sus términos. Se recoge que “el juez debió hacer uso de la facultad del art. 429”. Por un lado tenemos la palabra “debió”, que nos lleva a pensar que omitió una obligación pues así se define el verbo deber, y por otro lado la palabra ‘facultad’, que como señalábamos con anterioridad deja a la discrecionalidad de cada juzgador la voluntad de hacer o no hacer, pues facultad no es obligación. Entonces, cómo podemos encajar la expresión ‘*debió usar una facultad*’. Si se toma como una facultad nada le obligaba a hacer uso de la misma, y si nada le obligaba y el juzgador no quiso usarla (razones discutibles), por qué entonces se tiene posteriormente que evaluar su actuación y decretar la nulidad, si él con el cumplimiento estricto de la ley no incurrió en ninguna omisión reprochable. Está claro que la respuesta sería porque esa es su misión, porque debe procurarse con todo el material que puede pensar que necesitará para dictar una resolución justa, porque sabiendo que faltaba material debió comunicarlo; se puede hacer una larga lista de porqués, pero ninguno dirá ‘porque estaba obligado por la Ley’ si la consideramos facultad. Por eso puede resultar a su vez discutible que la Audiencia declare nulidad de actuaciones porque el juez no actuó correctamente al no hacer uso de la facultad del art. 429, que entonces como su propia naturaleza jurídica indica, se trata de una opción,

que significa que puede usarla o no. Esto nos lleva al tercer planteamiento que nos hace pensar en la otra parte a la que la sentencia desestimatoria le había beneficiado, pues viendo que la actora por falta de diligencia, por desconocimiento o por cualquier otra razón, había omitido presentar una prueba fundamental, esta actuación del juez diciéndole a la parte que la aporte, la perjudicaría. Entonces, por qué el juez debe hacer aquí una tarea que le correspondía a las partes, si la Ley habla de que *‘no debe suplir la falta de diligencia de las partes’*, que bien podría aplicarse a este caso. Beneficia por tanto a una parte y perjudica a la otra, que seguramente se sienta en una situación de desventaja al entender que el juez ha ayudado a la demandante. Con esta LEC, parece que lo oportuno es entender que no tiene la posibilidad de acordarlo de oficio aunque lo crea conveniente, pues esto da lugar a que dependiendo del Juzgado que se asigne el desarrollo del proceso puede ser completamente distinto. Como señala ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO lo ideal sería que “esos principios a los que el juzgador ha de acomodarse en la tramitación de los juicios, deben establecerse de manera uniforme por el legislador y no quedar al arbitrio del órgano jurisdiccional”<sup>351</sup>.

Para el caso de mantenerse este artículo dentro de la regulación actual –nosotros optamos por una derogación– entendemos que en cualquier caso debería realizarse una reforma del art. 429 en la que en primer lugar, el legislador matizara los límites de uso explicando si podrá o no de oficio el juez solicitar la prueba que cree conveniente si las partes no hicieran caso de su recomendación. En segundo lugar, dejar claro si el art. 429 se tiene por un deber o por una facultad, es decir, si se puede hablar de obligación de uso, o de discrecionalidad. Y en tercer lugar, si se tratase de un deber, especificar cuales serían las consecuencias de su inobservancia.

---

<sup>351</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., ob cit, pág. 754.

### **3.3 La iniciativa probatoria del juez en los procesos especiales no dispositivos**

‘Proceso especial es todo aquel que no está pensado para una hipótesis general, o indeterminada, sino para una hipótesis particular y concreta’<sup>352</sup>. Los procesos especiales están regulados dentro de la LEC en el Libro IV, que se divide en tres Títulos, y que comprende los artículos que van desde el art. 748 donde se establece el ámbito de estos procesos, hasta el art. 827, que cierra los cierra con el juicio cambiario. Este Libro IV en lo que atañe a este estudio, cobra interés dado que se recogen una serie de procedimientos en los que el principio dispositivo y el de aportación ‘de parte’ se verán atenuados, lo cual supone una excepción a la regla general que inspira esta Ley, que es dar todo el protagonismo a las partes. Ese es el motivo de que se dedique un apartado del estudio a estos procesos, puesto que en ellos el juez va a disponer de una mayor intervención en la elaboración del material probatorio. Dentro de este Libro IV, también se articulan otros procesos especiales como son el procedimiento de división judicial de patrimonios, el procedimiento monitorio y el procedimiento cambiario, contenidos ambos en los Títulos II y III, pero que quedarán al margen de estas páginas, centrándonos únicamente en el Título I.

El Título I recoge los procedimientos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, en los que la existencia como objeto del proceso de un interés público, es lo que justifica que los principios dispositivo y de aportación mencionados con anterioridad, se vean matizados. De esta forma lo expone el legislador en la Exposición de Motivos cuando en su apartado VI establece que, “esta inspiración fundamental del proceso- excepto en los casos

---

<sup>352</sup> GUASP, J., Y ARAGONESES, P., *Derecho Procesal Civil II*, Tomo II, Ed. Civitas, Madrid, 2002, pág. 21.

en que predomina un interés público que exige satisfacción...”. También en su apartado XIX vuelve a comentar este interés público: “por lo que respecta a los procesos en los que no rige el principio dispositivo o debe ser matizado su influencia en razón de un indiscutible interés público, inherente al objeto procesal...”. La Exposición de Motivos nos muestra la importancia de que el objeto de estos procesos sea de carácter público, ya que es lo que va a provocar que se hagan excepciones dentro de la regla general de la LEC plasmada en los arts. 216 y 282. En Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de 10 de junio de 2005 [La Ley 132173/2005] encontramos como dentro de un proceso de filiación la Sala expone que “debe recordarse que en esta materia, el Juez goza no sólo de iniciativa probatoria, sino que además el artículo 92 del Código Civil dispone, como pauta que ha de guiar las resoluciones judiciales sobre cuidado y educación de los hijos, la del beneficio de los mismos, de donde se deduce que los Tribunales disponen de una amplia libertad para la decisión de las pretensiones al respecto formuladas, hasta el punto de perder el proceso civil en que las mismas se incluyen su natural carácter dispositivo, para pasa a ser de derecho necesario, inquisitivo, en aras de un interés superior”.

Lo que ocurre es que las normas establecidas para el resto de procesos adquieren mayor flexibilidad en estos procedimientos debido al fondo de los mismos, y respecto a la ampliación de facultades del órgano como señala DAMIÁN MORENO “en los procesos especiales este fenómeno se observa con mayor intensidad”<sup>353</sup>. Una diferencia de cara al resto de procesos por ejemplo, es la aparición de la figura del Ministerio Fiscal como representante del Estado, al haber un interés público en juego, que sí que podrá como parte solicitar determinadas declaraciones del tribunal. Así, el art. 749.1 dice que será parte obligatoriamente el Ministerio Fiscal estableciendo que: “en los

---

<sup>353</sup> DAMIÁN MORENO, J., pág. 1419.

procesos sobre incapacitación, en los de nulidad matrimonial y en los de determinación e impugnación de la filiación, será siempre parte el Ministerio Fiscal...”, y por tanto podrá al ser parte, solicitar la declaración de incapacitación o la declaración de prodigalidad si las personas a las que le corresponde no lo hicieran. Será en estos procesos donde el Ministerio Fiscal gozará de legitimación propia, como señala GÓMEZ COLOMER, en atención al E.O.M.F.<sup>354</sup> cuyo art. 3. 6, recoge que una de las funciones del Ministerio Fiscal será: “tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley”<sup>355</sup>. Podemos observar por tanto en estos casos, como se impone por la Ley la obligatoriedad de existencia de una de las partes del proceso por exigencias de la naturaleza del objeto procesal, que será este Ministerio Fiscal. La necesidad de esta intervención es “porque si atendemos al objeto del proceso podemos apreciar que se trata de una cuestión que trasciende del mero interés de las partes, pues afecta a un ámbito esencial de la persona cual es el de su libertad, que no puede quedar a merced exclusiva de intereses particulares, que en algunas ocasiones buscan más, el beneficio propio que el de aquel a quien dicen defender”<sup>356</sup>.

Esta legitimación propia y por tanto activa se refleja en los arts. 757.2 y 757.5 en relación a los procesos sobre incapacidad y prodigalidad, al permitir que sea el Ministerio Fiscal el que “...deberá promover la incapacitación si las personas mencionadas en el apartado anterior no existan, o no lo hubieran solicitado”, y en referencia a la prodigalidad “si no la pidieran los representantes legales, lo hará el Ministerio Fiscal”. Encontramos otro

---

<sup>354</sup> Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, regulado por Ley 50/1982 de 30 de diciembre, modificada en parte por la Ley 10/1995 de 24 de abril, del Poder Judicial.

<sup>355</sup> GÓMEZ COLOMER, J.L., *Derecho jurisdiccional*, Tomo II, Ed. Tirant lo Blanch, 15ªEd., Valencia, 2007, pág.737.

<sup>356</sup> ARBAIZAR FERNÁNDEZ, E., PÉREZ PADILLA, G., BASAÑEZ GUTIÉRREZ, A., Y TOBAJAS GÁLVEZ, O., en “La iniciativa probatoria de oficio en los procesos especiales no dispositivos”, dentro de *Los poderes del juez civil en materia probatoria*, coord. por ABEL LLUCH, X., Y PICÓ I JUNOY, J., ob. cit., pág. 85.

ejemplo en el art. 765.1 donde se regula que, “las acciones de determinación o de impugnación de la filiación que, conforme a la legislación civil corresponda al hijo menor de edad o incapacitado podrán ser ejercitadas por su representante legal, o por el Ministerio Fiscal indistintamente”.

Uno de los aspectos de estos procesos que los diferencia del resto dentro del ámbito civil, es que por limitar el principio dispositivo las partes no van a tener la posibilidad de renuncia, allanamiento o transacción, como lo establece el art. 751. Luego, si con anterioridad veíamos como una de las manifestaciones de dicho principio es que las partes inician el proceso, y otra es que pueden ponerle fin en cualquier momento, aquí esa posibilidad se transforma y ya no van a poder hacerlo, ni podrán allanarse, ni realizar una transacción entre ellas. Señala Díez-PICAZO que “las únicas normas que suponen una excepción a la vigencia del principio dispositivo y del principio de aportación de parte se da lógicamente, en aquellos ámbitos en que el proceso civil no sirve de cauce a la protección de poderes jurídicos disponibles para sus titulares, sino a la tutela de situaciones jurídicas en las que el ordenamiento sustantivo ha detectado la supremacía del interés público sobre el interés privado”<sup>357</sup>. Encontramos su justificación en que de nuevo lo que hace la Ley es remarcar que por tanto, en este tipo de procesos subyace un interés público, y de hecho queda establecido con anterioridad en el art. 19.1 al hablar de esa disposición, que recoge: “los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general”. En estos casos aunque se sigue manteniendo el principio de aportación ‘de parte’, se permite la intervención judicial en la formación del material probatorio debido al carácter especial de estos procesos. De ahí que

---

<sup>357</sup> Díez-PICAZO, I., y DE LA OLIVA SANTOS, A., ob cit. pág. 31.

se le reconozca al juez una amplia iniciativa probatoria de oficio ya que el objeto trasciende la esfera privada de las partes, hasta el punto de que determinadas pruebas deben realizarse por el tribunal con carácter imperativo, como es el supuesto que establece el art. 759.1, al señalar que nunca podrá decidirse sobre una incapacitación sin un dictamen pericial previo del médico, acordado por el tribunal. En esta normativa el legislador confía en una interpretación flexible de cara a la actuación del juez ,y la doctrina está de acuerdo en que así sea por lo que existe una opinión pacífica, excepto MORENO CATENA. Para el autor el interés público ya queda atendido mediante la intervención del Ministerio Fiscal, por lo que entiende innecesario que el juez proponga prueba, poniendo en peligro así su imparcialidad<sup>358</sup>. Compartimos esta idea del autor en el sentido de que, si lo que trata la LEC es de negar cualquier actividad de iniciativa probatoria de oficio al juez para proteger su imparcialidad, esto debería aplicarse como regla general a todas las situaciones jurídicas que puedan plantearse, puesto que si no, no parece coherente que en unos casos se rechace su actuación en virtud de la defensa de la imparcialidad, para por el contrario permitírsela en otros procesos, independientemente de la naturaleza que sean. De esta forma habría que entender que la actividad del Ministerio Fiscal no necesita ser completada con la del órgano juzgador, puesto que entonces éste podría incurrir en esa pérdida de imparcialidad que es lo que debe tratar de evitar la Ley. No obstante, a nuestro juicio la posibilidad de actuación del juez nos parece del todo adecuada ya que lo que tratamos de defender es que la iniciativa probatoria de oficio recogida en un articulado bien delimitado, puede coexistir de manera complementaria a la de las partes, sin que esto suponga ningún riesgo. Queremos señalar además que no se puede imponer una regla basada en una razón, en este caso la salvaguarda de la imparcialidad, para luego esa

---

<sup>358</sup> MORENO CATENA, V., Y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *La nueva ley de enjuiciamiento civil, Tomo III, la prueba y los recursos*, Ed. Tecnos, Madrid, 2000, pág. 17 y ss.

razón, no tenerla en cuenta en el momento de regular otras situaciones. Si el legislador considera que la actuación del juez de oficio puede vulnerar la imparcialidad y además es una intromisión en los deberes de las partes, debe aplicarlo a todos los procesos puesto que el juzgador debe mantenerse al margen por igual tanto en unos como en otros. En estos procesos es cierto que el Ministerio Fiscal ya cubre ese papel del juez, por lo que consideramos que si en los procesos dispositivos no le está permitido su actuación, en los no dispositivos debería hacerse el mismo tratamiento, ya que todo lo que puede acordar el juzgador puede solicitarlo el Ministerio Fiscal en su lugar, sin necesidad de que sea aquel el que tenga que hacerlo. De esta forma la LEC ofrecería en todo su articulado una misma posición de cara a la iniciativa probatoria de oficio, y no marcar una regla general para posteriormente, exceptuarla. Encontramos acertada la intervención del juzgador de oficio, pero considerando que debería extenderse al resto de los procedimientos civiles pues es una muestra de que el juzgador no pierde su imparcialidad.

Debemos matizar, así como lo hace el art. 751 en su parte final que de todas formas, sobre las materias que las partes dentro de estos procesos pueden disponer libremente, sí podrán llevar a cabo sobre ellas las acciones que previamente el mismo artículo había prohibido. Es decir, respecto al desistimiento - poner fin antes de que se emplace al demandado- requerirá que el Ministerio Fiscal muestre su conformidad, excepto en cuatro situaciones que aclara la segunda parte del art. 751.2. Estas situaciones en las que no es necesaria la conformidad del Ministerio Fiscal son: los procesos de declaración de prodigalidad, filiación, paternidad y maternidad siempre que no haya menores, incapacitados o ausentes que estén interesados en el procedimiento. La segunda tiene lugar en los procesos de nulidad matrimonial por minoría de edad, si el cónyuge pide la nulidad una vez alcanzada la mayoría de edad. Como tercer supuesto se recoge en los procesos de nulidad



matrimonial por error, coacción o miedo grave, tampoco será necesaria la conformidad del Ministerio Fiscal, y por último en los procesos de separación y divorcio.

Otro rasgo diferenciador de dichos procesos va a ser que el juez no se encuentra vinculado por las peticiones de las partes. Esto quiere decir en primer lugar, que las partes no serán las únicas protagonistas en la configuración del objeto procesal introduciendo ellas exclusivamente determinados hechos, sino que, el juzgador puede tener en cuenta hechos introducidos por otras vías. Así el art. 752.1 expone que: “los procesos a que se refiere este Título se decidirán con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados con independencia del momento en el que hayan sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento”. Esto es a lo que se refiere la Ley en el art. 216 cuando tras establecer la regla general de que “los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de los hechos, pruebas y pretensiones de las partes...”, deja abierta la posibilidad de “...excepto cuando la ley disponga otra cosa”, como es este caso. Y en segundo lugar, que puesto que el juzgador no está vinculado a las pretensiones de las partes, el requisito de la congruencia de la sentencia indispensable para el resto de procedimientos, en éstos no será exigida de manera tan rigurosa. Un ejemplo es el caso de la incapacitación recogida en el art. 760 puesto que se establece que “la sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta”, es decir, la decisión final del juez no está limitada por lo que hayan solicitado las partes pudiendo él decidir y darle la extensión que crea conveniente.

En cuanto a los hechos, al no limitarlos a su introducción por las partes, podemos entender que podrá introducirlos el juez de oficio cuando tenga conocimiento de los mismos, o cuando se ha tenido noticia de un hecho a

través de la declaración de un testigo, como matiza GIMENO SENDRA<sup>359</sup>. Lo realmente importante es que cualquiera de los hechos que vaya a tenerse en cuenta en la posterior sentencia, haya sido objeto de debate existiendo contradicción entre las partes, y que se haya podido aportar prueba, teniendo la oportunidad de hacer constar lo pertinente respecto a los mismos. Si no fuera así, podría vulnerarse el derecho de defensa de una de las partes, sobre hechos alegados contra ella. En tercer lugar, el art. 757.1 establece una nueva excepción, esta vez respecto de la preclusión a la hora de introducir los hechos en el proceso, puesto que establece que serán tenidos en cuenta “con independencia del momento...”. Así otra regla general de carácter general se modifica, como es la recogida en el art. 400 cuando advierte que en la demanda habrá que poner los hechos y los fundamentos jurídicos que resulten conocidos “...sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior”.

Otra característica del art. 752, respecto al tratamiento de los hechos podemos encontrarla en su apartado segundo al señalar que “la conformidad de las partes sobre los hechos no vinculará al tribunal, ni podrá este decidir la cuestión litigiosa basándose exclusivamente en dicha conformidad o en el silencio o respuestas evasivas sobre los hechos alegados por la parte contraria...”. Esto se traduce en que aunque las partes estén de acuerdo con determinados hechos, esto no hace que resulten fijados para el juez, ni tampoco es posible que porque una parte acepte hechos desfavorables, el juez deba aceptarlo, ni podrán tenerse como probados hechos en los que ha existido silencio o respuestas evasivas. Esto supone una distinción específica de estos procesos respecto a lo previsto en el art. 281.3 donde se recoge que precisamente estarán exentos los hechos sobre los que las partes tengan absoluta conformidad, si bien matiza que “...salvo los casos en los que la

---

<sup>359</sup> GIMENO SENDRA, V., *Proceso civil práctico*, Tomo IX, Ed. La Ley, Madrid, 2001, pág. 59.

materia objeto del proceso esté fuera del poder de disposición de los litigantes”, que son estos casos. A su vez, el art. 752 no generaliza sino que recoge que en la materia sobre la que puedan disponer las partes no será de aplicación lo que establece, como la separación matrimonial por ejemplo, que tenga lugar de mutuo acuerdo las partes podrán hacer admisiones sobre los hechos.<sup>360</sup>

Por último, un apartado que merece también mención al estar en concordancia con el objeto de este estudio, es el quebrantamiento del principio de aportación ‘de parte’ que se produce al establecer el art. 752.1 que “...sin perjuicio de las pruebas que se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal y de las demás partes, el tribunal podrá decretar de oficio cuantas estime pertinentes”. Si el principio dispositivo quedaba limitado con la puntualizada indisponibilidad del objeto procesal para las partes, con esto, el principio de aportación ‘de parte’ comienza también a quebrarse, puesto que las partes ya no son las únicas que pueden introducir el material probatorio. Nos encontramos ante un caso claro de iniciativa probatoria de oficio que este artículo viene a establecer, si bien es cierto, al tomar como justificación la propia excepcionalidad de estos procesos. En relación a las pruebas que puedan practicarse en ese caso por el órgano, serán todas aquellas que ayuden a clarificar los hechos, y vayan a resultar útiles para el fin que se persigue. Esta posibilidad de actuación de oficio recogida por el art. 752.1, viene permitida previamente por la Ley al señalar en el art. 282 donde se recoge el principio de aportación, que le corresponderá a las partes respecto de las pruebas, pero que deja una puerta abierta al decir que “el tribunal podrá acordar de oficio que se practiquen determinadas pruebas (...) cuando así lo establezca la ley”, anticipándose a estos posibles casos. Y no solo se trata de darle la posibilidad al órgano de llevar a cabo determinadas pruebas, sino que

---

<sup>360</sup> GÓMEZ COLOMER, J..L., ob cit., pág. 738.

yendo más allá, le obliga a la ejecución de algunas de ellas. Esto tendrá lugar en procesos concretos como el de incapacitación, el de modificación de dicha incapacitación, y el de reintegración de la capacidad. En éstos procesos, el juez está obligado a practicar un reconocimiento del presunto incapaz, a realizar un interrogatorio de sus parientes, y en el expediente debe hacer constar dictámenes periciales<sup>361</sup>. Los medios probatorios de los que pueden valerse las partes, el Ministerio Fiscal, o el propio Juzgador serán las mismas para todos ellos al establecerse con carácter general en el art. 299, y que son: interrogatorio de las partes, prueba documental, pericial, reconocimiento judicial, prueba testifical y la reproducción de palabras, imágenes y sonidos.

Sobre la cuestión de si pueden adoptarse diligencias finales en este tipo de procesos, la respuesta debe ser negativa, ya que al tramitarse los mismos según los términos del juicio verbal y en éste, estas diligencias no están permitidas, debemos entender que no podrán acordarse. Así el art. 753 señala que “salvo que se disponga otra cosa, los procesos a que se refiere este Título se sustanciarán por los trámites del juicio verbal”. Luego estas diligencias no tienen cabida, pese a que como posteriormente veremos, se quiera dar una interpretación finalista a la regulación de estas diligencias para que puedan tener acordarse en los mismos. Y tampoco podemos basar una respuesta afirmativa por el hecho de que, al tener estos procesos rasgos del procedimiento ordinario tales como que existirá contestación a la demanda como recoge al final el mismo artículo 753, puedan tener lugar las diligencias al no tratarse de una regulación estricta de juicio verbal. Bien es cierto que con el aumento en estos procesos de las facultades del juzgador en materia probatoria, se considera que las diligencias finales quizá ya no sean tan necesarias, pero venimos a remarcar que la esencia de estas diligencias, no es su utilidad por el órgano sino por las partes, ya que se trata de una figura que

---

<sup>361</sup> GIMENO SENDRA, V., ob. cit. pág. 61.

restringe la actividad probatoria de oficio del juez, concediéndosela a las partes. Luego precisamente el hecho de que el órgano goce de mayores prerrogativas en ámbito probatorio no puede justificar que estas diligencias ya no sean necesarias, pues las partes son las que van a verse privadas (tal y como sucede en el juicio verbal), de la posibilidad de hacer valer su derecho de defensa de manera completa, tal y como sí lo establece la LEC para en cambio los procesos que se desarrollan con el trámite del juicio ordinario. Debemos señalar que existe una particularidad a su vez dentro de estos procesos que tiene lugar a raíz de lo establecido en el art. 770 en su apartado cuarto, dentro de los procesos matrimoniales y de menores. Este artículo señala que “las pruebas que no puedan practicarse en el acto de la vista se practicarán dentro del plazo que el tribunal señale, que no podrá exceder de treinta días. Durante ese plazo el tribunal podrá acordar de oficio las pruebas que estime necesarias...”. Esto quiere decir que las partes, como viene entendiéndose podrán dentro de estos treinta días solicitar que se lleve a cabo la prueba solicitada y acordada que no pudo practicarse, lo que vendría a ser uno de los apartados del art. 435.1 sobre las diligencias finales, pero ¿qué ocurre con los hechos nuevos o de nueva noticia, o pruebas que no arrojaron el resultado esperado por causa de unas circunstancias que ya han desaparecido? El artículo habla exclusivamente de pruebas que no pudieron practicarse habiendo sido solicitadas, y no del resto de casos expuestos, luego éstos quedarían fuera de posibilidad de ser probados a instancia de la parte en este momento, cuestión que de permitirse las diligencias finales quedaría resuelta. Además, pese a que el juzgador puede efectivamente de oficio solicitar a su vez las pruebas que estime necesarias en todo momento, incluido este periodo de treinta días, la valoración positiva o negativa de la prueba solo se tiene una vez practicada la misma, que de no tener el resultado esperado para el juzgador, éste no podría acordar ya nada más posteriormente. Esto tiene lugar ya no por la no admisión de las diligencias finales sino de la

derogación de las antiguas diligencias para mejor proveer, a través de las cuales si el juzgador siguiese teniendo duda podría acordar nuevamente una prueba para alcanzar la mejor resolución. Y de cara a las partes, la concesión de estos treinta días para que puedan practicarse las pruebas es positivo, pero es inevitable plantear el hecho de que podemos encontrarnos con que estos treinta días no son suficientes para la práctica, o que no arrojó el resultado esperado. Cuestión que ahora no podría resolverse, salvo con el uso de las diligencias finales que permitirían a la parte solicitarlas de nuevo en el plazo para dictar sentencia.

Nuestra postura por tanto, tal y como iremos matizando en páginas posteriores es de que estas diligencias deberían poder acordarse en estos procesos, independientemente de que se sustancien mediante juicio ordinario o verbal, ya que defendemos que puedan ser acordadas en todo tipo de procesos, y dentro de los trámites tanto del juicio verbal como del juicio ordinario, pues con ellas para las partes queda salvaguardado su derecho de defensa. Justo con esta inclusión de las diligencias finales, encontramos necesario igualmente el hecho de que el juzgador pueda actuar de oficio en materia probatoria en el momento en el que se retira a dictar el fallo, pues es en el mismo dentro del cual pueden aparecerle dudas acerca de todo lo visto con anterioridad, no debiendo quedar sin respuesta.

Lo que resulta evidente es que en el ámbito de este Libro IV, los poderes del juez con ocasión de la introducción de hechos al proceso, y la aportación de pruebas para establecer los mismos, han resultado tener un incremento a diferencia del resto de procedimientos, y todo ello con la justificación de que nos encontramos ante la aparición de un interés público dentro del objeto procesal, lo que permite al legislador dotarles de ese carácter de especialidad. Optamos por una solución común a todos los procesos ya sea

de aceptación o de rechazo de la iniciativa probatoria de oficio, pero no por la situación actual en la que según el proceso en el que estemos el órgano disponga de dicha iniciativa o no.

### **3. 4. La prueba del Derecho extranjero y la intervención del juez en la práctica de prueba**

Otro ámbito en el que se considera que se han ampliado los poderes del órgano es en la intervención judicial en la prueba propuesta por las partes, donde a modo simplemente enumerativo, el juez podrá hacer preguntas a las partes, tal y como se establece en el art. 306; “con la finalidad de obtener aclaraciones y adiciones, también podrá el tribunal interrogar a la parte llamada a declarar”; o a los peritos, según el art. 347.2, “el tribunal podrá también formular preguntas a los peritos y requerir de ellos explicaciones sobre lo que sea objeto del dictamen aportado, pero sin poder acordar de oficio que se amplíe, salvo que se trate de peritos designados de oficio”. En el interrogatorio de testigos el juez también podrá intervenir tal y como establece el art. 372.2 al decir que: “con la finalidad de obtener aclaraciones y adiciones, también podrá el tribunal interrogar al testigo”, y junto a éste, el art.373.1 que le permite que “cuando los testigos incurran en graves contradicciones, el tribunal, de oficio o a instancia de parte, podrá acordar que se sometan a un careo”.

En lo referente a la prueba del derecho extranjero debemos señalar que, con la publicación de la LEC 2000 ha tenido lugar un cambio respecto a la anterior legislación de relevante importancia. Para VALLESPÍN PÉREZ “parece que la nueva Ley pretende consagrar acertadamente, una fórmula de

colaboración entre el Juez y las partes”<sup>362</sup>. El Código Civil de 1889 no recogía nada sobre la prueba del Derecho extranjero, pero el Tribunal Supremo había realizado unas anotaciones sobre este tema que eran las que se tenían en cuenta cuando en determinados supuestos tenía lugar, por lo que posteriormente vino a recogerse en la nueva regulación. Por Derecho extranjero entendemos “el entero ordenamiento jurídico extranjero, comprendiendo todo tipo de normas jurídicas que lo integren y que sean aplicables al caso concreto”<sup>363</sup>. En 1974 se introduce en el Código Civil mediante su art. 12 la regulación del derecho extranjero en su punto sexto, estableciendo que: “la persona que invoque derecho extranjero deberá acreditar su contenido por los medios admitidos en la ley española. Sin embargo, para su aplicación, el juzgador podrá valerse además de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las provisiones oportunas”. Las reglas sobre el derecho extranjero tal y como exponen CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, se pueden explicar en tres posiciones<sup>364</sup>:

- el Derecho extranjero se considera un hecho procesal por lo que debe alegarse a instancia de parte.
- la intervención del juzgador en la prueba del Derecho extranjero, es discrecional.
- si el Derecho extranjero no se alega o prueba, se recurre a las normas del Derecho español.

---

<sup>362</sup> VALLESPÍN PÉREZ, D., “La prueba del derecho extranjero en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil”, Revista Justicia, año 2000, nº 1, pág. 40. Para el autor dicha colaboración debería culminar en los casos en los que las normas aplicables sean de difícil conocimiento en que “el juez concede audiencia a los Abogados de las partes, permitiendo un debate procesal ilustrativo que garantice la contradicción procesal, hoy exigible como garantía constitucional que forma parte del modelo constitucional de proceso justo”.

<sup>363</sup> CALVO CARAVACA, A.L., Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “La prueba del Derecho extranjero en la nueva Ley española de Enjuiciamiento civil 1/2000”, Diario La Ley Nº 6178, 28 de enero de 2005, Año XXVI.

<sup>364</sup> CALVO CARAVACA, A.L., Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “La prueba del Derecho extranjero...”.



Con la LEC del año 2000 se deroga todo lo anterior y se redacta el art. 281.2 que expone que “también serán objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero (...). El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de investigación estime necesarios par su aplicación”. Este artículo ha supuesto que la antigua forma de proceder se haya visto alterada, potenciando una intervención más activa por parte del juzgador en este tema. Si la iniciativa probatoria tiene como regla general en el art. 282 la instancia de parte, este art. 281.2 constituye una de las excepciones a la misma mediante la iniciativa probatoria de oficio del órgano. Desde este momento el Derecho extranjero deja de considerarse un hecho procesal que debe por tanto ser alegado por las partes, para convertirse en un elemento más del proceso que viene introducido por el conflicto en sí mismo al requerir la legislación española, de las normas extranjeras para poder solucionarlo. Como consecuencia directa encontramos que la no alegación del Derecho extranjero por las partes no implica que éste no se aplique al caso, sino que se incorporará al proceso de todas formas mediante otras vías. Además, al no considerarse ya como hecho procesal, no puede aplicarse el art. 281 en el sentido de que lo admitido por las partes ya no debe probarse, es decir, no pueden ellas acordar sobre el Derecho extranjero, sino que como matiza el art. 282 éste debe probarse. Cuando hablamos de la prueba del Derecho extranjero de lo que se trata es de que el órgano juzgue “del modo más aproximado a como lo haría un tribunal de dicho Estado extranjero”<sup>365</sup>.

El tribunal puede valerse de todos los medios que estime convenientes para poder probar el Derecho extranjero, luego podrá utilizar tanto medios previstos por la Ley como medios no previstos por ésta, como en este caso sería el uso de su conocimiento privado. También puede hacer valer

---

<sup>365</sup> CALVO CARAVACA, A.L., Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “La prueba del Derecho extranjero...”.

convenios firmados bilateralmente con otros países a fin de cooperar en el entendimiento de las normas del Estado requerido, así como también acudir para el mismo fin al Convenio europeo acerca de la información sobre el Derecho extranjero, elaborado en Londres el 7 de junio de 1968 y con entrada en vigor en España el 20 de febrero de 1974. En dicho convenio hay que señalar el art. 7 que informa sobre el contenido de la respuesta que el Estado al que se le solicita información sobre su Derecho debe dar, y así expone que “la respuesta deberá tener por objeto informar de una manera objetiva e imparcial sobre el Derecho del Estado requerido, de cuya Autoridad emanare la petición. Llevará consigo, según el caso, la facilitación de textos legislativos y reglamentarios y de decisiones jurisprudenciales. Estará provista, en la medida en que se juzgara necesario para la buena información del peticionario, de documentos complementarios tales como extractos de obras doctrinales y trabajos preparatorios. Podrá, en su caso, ser acompañada de comentarios explicativos”. Es patente la utilidad que esta norma otorga a los tribunales de los Estados firmantes, puesto que será una herramienta de gran valor para el órgano a la hora de conocer de oficio el Derecho extranjero aplicable al caso, y supone una concesión por parte del legislador realmente positiva en la actuación activa del juzgador.

La regla general es que el derecho extranjero debe ser probado por las partes, pero excepcionalmente será probado por el tribunal pues está obligado a ello cuando exista un interés en su verificación, como por ejemplo, que se traten de normas imperativas a nivel internacional, o que las partes lo hayan intentado pero no lo hayan conseguido.

### 3.5. Diligencias finales e iniciativa del juez

Las diligencias finales son una figura jurídica que constituye una de las novedades de la LEC, mediante la cual se regula la última posibilidad que existe para completar el material probatorio. Para HOYA COROMINA “aparecen concebidas como un cauce adecuado para realizar aquellas pruebas que no hubiesen podido practicarse por causas ajenas a su voluntad, o relativas a hechos nuevos o de conocimiento sobrevenido”<sup>366</sup>. Lo primero que debemos hacer es observar la redacción de los artículos donde se recogen, que son los arts. 435 y 436 que se encuentran incluidos en el título dedicado al momento de dictar sentencia. Las diligencias finales se consideran auténticos actos de prueba, y una de las escasas manifestaciones de iniciativa probatoria de oficio de la nueva LEC, porque como estamos comprobando a lo largo de este estudio la Ley ha restringido la actuación del juzgador dejándola para casos excepcionales. Actualmente el legislador ha optado por limitarle en el uso de su iniciativa probatoria de oficio, a diferencia de lo que ocurría en la legislación de 1881, donde gozaba de amplio margen de facultades de actuación propia, cuya mayor representación eran las diligencias para mejor proveer, actualmente derogadas. Si con el estudio del art. 429.1.II LEC hemos visto que la realidad es que su aplicación práctica conlleva numerosas dudas e interpretaciones lo que lo hace difícil, señala acertadamente PICÓ I JUNOY que la conexión práctica entre la facultad del art. 429.1.II y las diligencias finales se encuentra más en su no utilización por los tribunales, que de su efectiva aplicación<sup>367</sup>, como veremos posteriormente. “Es una manifestación tan hiperliberal que no es conocido en ninguna legislación procesal civil moderna

---

<sup>366</sup> HOYA COROMINA, J., análisis de los arts. 434, 435, y 436, en la obra dirigida por FERNÁNDEZ BALLESETEROS, M.A., RIFÁ SOLER, J.M Y VALLS GOMBÁU, J.F., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo II, Ed. Atelier, Barcelona 2000, pág. 1931. Realiza una división entre lo que denominan ‘diligencias finales ordinarias’ que serían las que se corresponden con el art. 435.1, y ‘diligencias finales extraordinarias’ que son las que recoge el art. 435.2.

<sup>367</sup> PICÓ I JUNOY, J., ob cit, pág. 56.

ni en Europa ni en América, indicando que la ley prefiere una sentencia injusta antes de ordenar practicar una diligencia probatoria final no ajustada al art. 435”<sup>368</sup>. Esto pone de manifiesto que al menos esta nueva figura jurídica, no ha dejado indiferente a la doctrina.

Al igual que las anteriores diligencias para mejor proveer, las diligencias finales son actos de prueba que se llevan a cabo en el momento procesal correspondiente a la apertura del periodo para la elaboración de la sentencia. Hoy en día las diligencias finales, con unos antecedentes que datan desde las Partidas de Alfonso X el Sabio representan la última regulación de la institución históricamente entendida como ‘para mejor proveer’, que si bien han supuesto un cambio favorable en determinados aspectos, con ellas la LEC ha realizado un giro importante en cuanto a la limitación de la actividad probatoria de oficio. Para algunos sectores en esta nueva LEC hay una prevalencia excesiva del principio dispositivo y de aportación ‘de parte’, que queda entre otros ejemplos demostrado con la regulación de las diligencias finales. Lo que se ha pretendido es restringir al máximo la actividad en cuanto a iniciativa probatoria del órgano se refiere, reservándola sólo a lo excepcionalmente establecido en la Ley con el ánimo de potenciar el acto del juicio, en el cual debe intentarse dejar zanjadas todas las cuestiones controvertidas sobre los hechos.

La diferencia fundamental entre las dos figuras, es decir, entre pasado y presente, es que las diligencias finales rompen con lo anterior introduciendo un nuevo modelo en el que se restringe la iniciativa probatoria del juez, dejando su actuación a un único supuesto recogido como caso excepcional. De esta forma la Ley pretende ceder todo el protagonismo a las partes, estableciendo como regla general que serán pedidas a instancia de las mismas,

---

<sup>368</sup> VÁZQUEZ SOTELO, ob cit, pág. 561.

y solo con carácter excepcional podrá el juzgador acordarlas dentro de un supuesto condicionado a una solicitud previa por las partes. Aún así, es decir, pese a que estas diligencias eliminan la actuación probatoria de oficio, para CORTÉS DOMÍNGUEZ y MORENO CATENA las diligencias finales son “un verdadero despropósito procesal, hasta el punto que en la práctica será claramente perturbadoras, propiciándose situaciones procesales de clara desigualdad entre las partes, lo que aconseja una utilización muy restringida, y una interpretación de las normas claramente restrictiva”<sup>369</sup>. Para MONTERO AROCA igualdad “significa conceder a todas ellas los mismos derechos, posibilidades y cargas, de modo que no es admisible la existencia de privilegios, ni a favor ni en contra de una de ellas”<sup>370</sup>, lo que entendemos que sí se respeta con el uso de estas diligencias. No compartimos la opinión de que exista un posible quebrantamiento de la igualdad de las partes, ya que con estas diligencias ambas tienen la posibilidad de solicitar que se practiquen sus pruebas, sin que exista privilegio alguno. Lo que sí compartimos es la necesidad de llevar a cabo una interpretación restrictiva, pues no se puede extender la actividad de oficio del juez en materia probatoria a través de estas diligencias, pues el legislador a nuestro parecer, no ha querido que sea posible.

Habría que descubrir cuales han sido las causas por las que ha tenido lugar un cambio tan notorio, en el que se ha pasado de una legislación con una iniciativa probatoria de oficio que gozaba de un amplio margen de actuación, para pasar a una legislación que lo que la deja es prácticamente al margen.

---

<sup>369</sup> CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., y MORENO CATENA, V., ob. cit., pág. 286.

<sup>370</sup> MONTERO AROCA, J., CARRATALÁ TERUEL, J.L., y MEDIAVILLA CRUZ, M.L., *Proceso Laboral Práctico*, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2003, pág. 115.



## CAPÍTULO IV: LAS DILIGENCIAS FINALES

### 4.1. Argumentación de la LEC para la introducción de las diligencias finales.

Tras la publicación de una ley parece acertado atender en primer lugar a los motivos que han generado su redacción, y que podemos encontrar en el análisis de su Exposición de Motivos pues como señala DE LA OLIVA SANTOS, “es la explicación oficial de qué y del porqué del cambio de la Justicia civil que se pretende, desde el punto de vista procesal”<sup>371</sup>.

Si atendemos al comienzo de la Exposición de Motivos de la LEC, en su apartado primero encontramos una de esas razones y es que el legislador señala la palabra efectividad como una de las bases definidoras de una Justicia de futuro al exponer *‘el anhelo y la necesidad social de una justicia civil caracterizada por la efectividad’*, de lo que se deduce que la voluntad del legislador ha sido elaborar un instrumento para la solución de conflictos entre particulares, más eficaz que el que disponía el ordenamiento anterior. Efectividad que como continúa explicando el párrafo siguiente se traduce en *‘plenitud de garantías procesales’* y *‘acortamiento del tiempo necesario para dictar sentencias, que estén menos alejadas del principio del proceso’*. Con dicho párrafo el legislador pone además de manifiesto el evidente retraso que nuestra Justicia acumula en la resolución de contiendas, al margen de la naturaleza de cada uno de los procesos regulados, y que no puede permitirse *‘un periodo de años hasta el logro de una resolución eficaz para los que han necesitado acudir a los tribunales civiles’*. En la actualidad, la agilidad en la

---

<sup>371</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A., “Sobre los criterios inspiradores del Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 30 de octubre de 1998”, pág.362, Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, nº 2, año 1999.

tramitación de los procesos es lo que la sociedad demanda con mayor intensidad por lo que se hacen necesarias nuevas soluciones para acabar con el problema. Como señala PEDRAZ PENALVA “es una constante en el legislador español su anunciado propósito de acelerar la justicia, no raras veces frustrado y estéril. Bienvenida sea no obstante cualquier vía que, sin merma del derecho a la tutela judicial efectiva y del debido proceso, pueda contribuir a la agilización de los procesos judiciales”<sup>372</sup>. Es claro el descontento popular en este sentido y debe intentar atajarse de cara al futuro, pues lo que no puede consentirse como señala TOMÁS Y VALIENTE en una reflexión del todo acertada, es hacer de la lentitud en la Justicia, una pauta asumida como normal<sup>373</sup>. Ante una reforma de gran envergadura como lo fue la que se llevó a cabo para promulgar la actual Ley de Enjuiciamiento Civil, nos parece interesante mencionar un estudio realizado por el Consejo General del Poder Judicial, sobre cuales son los defectos y virtudes de la Justicia vista tanto por los profesionales que trabajan día a día en su aplicación, como por los justiciables que son la otra parte que toma protagonismo pues a ellos es a quien se dirige. De estos trabajos se obtiene información muy importante que ayuda a la construcción de un sistema judicial cada día más perfeccionado, que busca adaptarse y corresponder satisfactoriamente a la sociedad en la que se desarrolla. De hecho en Francia, se elaboró un estudio similar del que se extrajeron datos muy relevantes de la percepción que tenía la población de su Justicia.

---

<sup>372</sup> PEDRAZ PENALVA, E., “Sobre la Disposición Adicional Quinta de la LEC (introducida por la Disposición Adicional Duodécima de la LO 19/2003)”, *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, Universidad de Valencia, Asociación internacional de Derecho Procesal, Tomo II, Valencia, 2008, pág. 141.

<sup>373</sup> Recoge GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO las palabras del magistrado FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE respecto a la lentitud en la Justicia, que resultan del todo acertadas: “La frecuente tardanza excesiva del ‘servicio de la justicia’ no puede reputarse como ‘normal’ pues lo normal es lo ajustado a la norma y no lo contrario a ella, aunque sea lo más frecuente; y en segundo término porque si continuase in crescendo el tiempo y la generalización del incumplimiento en ‘el rendimiento del servicio de la justicia’, y hubiese que tomar como regla para medir el respeto o la violación de un derecho a un proceso si dilaciones indebidas ese mismo hecho anormal, pero general, ello equivaldría a dejar vacío de su contenido esencial el derecho fundamental”. *Revista de Derecho Procesal*, nº 2, año 2002.



En el año 1995 en Francia se tenían planeadas varias reformas judiciales para las que previamente se elaboró una encuesta de opinión de la que se encargó el Centre de Recherches et de Documentation sur la Consommation, y más concretamente a BARAQUIN<sup>374</sup>, que fue quien desarrolló el proyecto. Lo que hizo BARAQUIN fue dividir a los encuestados en tres grupos de personas: un primer grupo formado por aquellas personas que habían tenido un proceso en los últimos diez años, un segundo grupo con gente que desistió del proceso, y por último aquellos que todavía no habían tenido ocasión de acudir a uno. Los resultados tal y como señala DAIGRE fueron que “el procedimiento civil era lento, costaba excesivamente, era complejo y arcaico”, y que había una ‘inegalité’, es decir, que existía desigualdad en tanto en cuanto se perteneciese a una clase social adinerada o a una que no lo es tanto<sup>375</sup>. Con estas encuestas lo que se pretendió fue que el legislador que es al fin y al cabo el encargado de articular la Justicia, conociese de primera mano las preocupaciones existentes, y de esta forma poder orientar sus reformas a la solución de los mismos.

En España, la primera consulta acerca de la opinión de los ciudadanos sobre la Justicia tuvo lugar en el año 1984, a través de lo que ha venido a llamarse los barómetros de opinión del Consejo General del Poder Judicial. El primer Presidente del Consejo, Federico Carlos Sainz de Robles, junto con Rafael Martínez Emperador, vocal del mismo, encargaron a TOHARIA CORTÉS la misión de planificarlos<sup>376</sup>. El barómetro muestra un balance de impresión de diversos temas que afectan a la Justicia teniendo en cuenta que de todas formas hoy por hoy el cuestionario no se realiza sobre un sector muy amplio de población, por lo que no podemos hablar de generalidades todavía. Aún

---

<sup>374</sup> Collection du Ministère de la Justice, Documentation Française, París, 1975.

<sup>375</sup> DAIGRÉ, J.J., ob cit., pág. 13.

<sup>376</sup> TOHARIA CORTÉS, J.J., Y GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO, J.J., *La Justicia ante el espejo: 25 años de estudios de opinión del CGPJ*, Madrid, 2005, pág. 26.

así, sin duda ya refleja cuales son los problemas y las demandas de las personas que o bien acuden a obtener la Justicia que reclaman, o bien trabajan para la misma. Para elaborar el grupo de personas a los que se les realiza la encuesta se toma a aquellas personas que han sido partícipes por algún motivo en la Administración de Justicia; a éstas se han añadido las opiniones como es de alabar, de otros sectores tales como jueces, abogados e incluso se ha contado también con la visión de aquellos que cumplen condena en alguna institución penitenciaria. En lo que respecta al tema sobre la duración de los procesos -tan recurrido al hablar de Justicia- se recoge en el barómetro realizado en el año 2003 que un 75% de los españoles mostraban su acuerdo con la siguiente afirmación: “la Administración de Justicia es tan lenta que siempre que se pueda vale más evitar acudir a ella”<sup>377</sup>. De todas formas, pese a parecer el plazo de duración excesivo los encuestados lo consideran por otra parte ‘normal’, que como apuntábamos en una nota anterior gracias a las palabras de TOMÁS Y VALIENTE, el que parezca normal no debe hacer que se *normalice*, y además denota que es un mal existente de forma continua, y es por eso por lo que está asumido. Recogemos este resultado para tenerlo en cuenta en páginas posteriores cuando se plantea la cuestión de si es preferible la utilización de diligencias finales en un proceso, o entendemos más acertado concentrar todas las actuaciones en un solo momento puesto que para lo que pueda surgir tenemos la apelación. Si la lentitud es uno de los principales problemas a día de hoy, la apelación no parece ser la solución más adecuada, y aun concentrando todas las actuaciones en un único acto que es lo ideal, puede surgir la necesidad de realizar otras actuaciones como es el caso de las diligencias finales, que siempre serán más rápidas que la apelación.

Volviendo a la Exposición de Motivos el legislador de nuevo señala la efectividad en la Justicia traduciéndola igualmente en la producción de

---

<sup>377</sup> TOHARIA CORTÉS, J.J., y GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO, J.J., ob cit., pág. 164.

*‘mejores sentencias que constituyan referencias sólidas para el futuro’*. Como expone FAIRÉN GUILLÉN ‘sus sentencias contribuirán a aproximar al pueblo y a la justicia, y no a hacer de ésta, una maquinaria misteriosa, incomprensible y terrible, que más sea temida que estimada’<sup>378</sup>. La sentencia es el resultado de un proceso, es la respuesta de la Justicia a nuestro caso concreto luego siempre debe ser la resolución más ajustada a Derecho posible.

En su apartado segundo la Exposición de Motivos muestra su rechazo a fórmulas simplistas para atajar los problemas reales de la práctica judicial, pues están *‘inspirados en unos pocos elementos entendidos como panaceas’*. Parece por tanto evidente que el legislador con esta Ley no pretende introducir parches aislados, sino una reforma integral como única vía para obtener un texto capaz de ofrecer las soluciones demandadas. Esta nueva Ley quiere llevar a cabo el cambio a partir de *‘la experiencia jurídica de más de un siglo’*, haciendo referencia a la legislación de 1881 hasta esta publicación estando vigente, pero con el ánimo de superar una situación que considera compleja al encontrarse inundada de *‘innumerables retoques y disposiciones extravagantes’*, y todo ello en consonancia *‘con las tendencias de reforma universalmente consideradas más razonables’*. Es decir, se ha elaborado la nueva redacción atendiendo para su renovación a los movimientos internacionales y a las nuevas corrientes procesales, en un intento de aproximación a los países de nuestro entorno. La nueva Ley tiene el propósito de conjugar pasado gracias a la experiencia acumulada, presente con la adaptación a las tendencias jurídicas actuales, y futuro con un texto capaz de hacer frente a las transformaciones reales de la sociedad.

Para tan arduo cometido de reforma, la Exposición de Motivos rechaza también *‘la importación inconexa de piezas aisladas’* de sistemas jurídicos de

---

<sup>378</sup> FAIRÉN GUILLÉN V., ob. cit., pág. 476

otros países, pues en propias palabras del legislador *‘resulta muy perturbadora sin que apenas se logren mejoras apreciables’*, y además porque una sustitución en bloque de nuestro ordenamiento por el de otra zona geográfica *‘significa cabal conocimiento y comprensión del entero modelo o sistema a integrar’*. Como señala HOFFMANN, “es práctica acostumbrada y de orígenes remotísimos la de tener en cuenta innumerables antecedentes jurídicos extranjeros en la elaboración concreta de una ley nacional”<sup>379</sup>. Es cierto que es necesario prestar atención a corrientes externas sobre la materia a legislar, a fin de tener una visión más completa sobre la misma yendo a textos más allá de nuestras fronteras que pueden aportarnos aspectos desconocidos y positivos. Pero lo que advierte la Exposición de Motivos es que no se pueden tomar actuaciones de otros sistemas jurídicos aisladamente, porque su inclusión puede no encontrar el acoplamiento buscado siendo desafortunado. En el apartado cuarto la Ley rechaza *‘la prodigalidad o el esquematismo’* en su redacción ya que todo debe ser correctamente explicado y argumentado, y señala la misión a la que se encomienda el legislador quien pretende *‘no dejar sin respuesta clara los problemas reales’*. Además que debemos señalar que España es un país con una gran trayectoria histórico-jurídica contando con un respaldo de siglos de procedimiento como base.

En cuanto a los principios inspiradores de la nueva Ley, el legislador señala como principal inspiración al principio dispositivo o como rubrica el propio texto en su art. 216 *‘de justicia rogada’*. De esta forma nos descubre el apartado sexto que la parte será la que ocupe el protagonismo en esta Ley dejando al juez en un segundo plano limitándole sus potestades dentro de la materia probatoria. Junto al principio dispositivo el legislador refuerza los principios de oralidad, concentración, inmediación y la imposición de unos

---

<sup>379</sup> HOFFMANN ELIZALDE, R., *Introducción al estudio del Derecho*, Universidad Iberoamericana, México, 1998, pág. 141.

plazos improrrogables para las actuaciones judiciales, por la necesidad de dar celeridad a la excesiva duración de los procesos.

Para terminar, la Exposición de Motivos introduce en su apartado XII una de las grandes novedades de la Ley y objeto de este estudio, que es la derogación de las antiguas diligencias para mejor proveer y la inclusión de las diligencias finales, que suplantán una institución histórica que se remonta a las Partidas de Alfonso X. La figura de la nueva LEC deja al juez en un segundo plano puesto que ahora son las partes las que solicitarán la práctica de dichas diligencias, apareciendo aquel exclusivamente a través de una actuación excepcional, que como veremos está marcada además por el cumplimiento de varios requisitos. El argumento base de la Exposición de Motivos para este cambio es *‘la coherencia con la ya referida inspiración fundamental que deber presidir el inicio, desarrollo y desenlace de los procesos civiles’*, y porque con esta medida se pretende *‘restringir la actividad previa a la sentencia a aquello estrictamente necesario’*. Lo completa estableciendo que *‘la Ley considera improcedente llevar a cabo nada de cuanto se hubiera podido proponer y no se hubiera propuesto, así como cualquier actividad del tribunal que, con merma de la igualitaria contienda entre las partes, supla su falta de diligencia y cuidado’*. Deja claro que el papel del juez en ningún caso puede ser el de sustitución de las partes en sus obligaciones ya que pondría en peligro el principio de igualdad entre ellas, y el de imparcialidad suyo. Para referirse al caso excepcional del juzgador a la práctica de diligencias finales el legislador apunta que *“las excepciones a esta regla han sido meditadas detenidamente y responden a criterios de equidad, sin que supongan ocasión injustificada para desordenar la estructura procesal o menoscabar la igualdad de la contradicción”*. Las partes serán las encargadas de proponer las pruebas en el momento destinado para ello restringiéndose en principio cualquier actividad posterior, pero si

fuese necesario se realizará a través de las diligencias finales, que en el caso de ser el juzgador quien las acuerde haciendo uso de su pequeño margen de iniciativa deberá siempre respetar la contradicción. La LEC puntualiza al principio del apartado advirtiéndole que estas diligencias finales van a *‘tener presupuestos distintos de aquellas’*, refiriéndose a las diligencias para mejor proveer. Luego no cabe esperar una continuación reformada de las diligencias para mejor proveer, sino que se crea una figura nueva que lo único que tiene en común con la anterior es el momento procesal en el que se llevarán a cabo. A nuestro juicio cuando se dice que las diligencias finales sustituyen a las diligencias para mejor proveer, debería mejor expresarse que lo que vienen es a suprimirlas, porque no tienen ni los mismos postulados ni comparten el mismo espíritu de las anteriores. Se ha pasado de una figura jurídica en la que era el juzgador el único que tenía iniciativa para acordarlas, para fijar una regulación donde ahora son las partes las únicas que pueden solicitarlas, y queda el juzgador relegado a un supuesto excepcional luego la diferencia es evidente.

El cambio de una figura a otra se justifica también por el intento de acercamiento que pretende el legislador del lenguaje jurídico al ciudadano, tratando de eliminar el exceso de tecnicismo. Así, en su apartado sexto recoge *‘la ley procura utilizar un lenguaje que, ajustándose a las exigencias ineludibles de la técnica jurídica, resulte más asequible para cualquier ciudadano, con eliminación de expresiones hoy obsoletas o difíciles de comprender y más ligado a usos forenses que aquellas exigencias’*. En el barómetro del C.G.P.J también se hace mención al lenguaje, obteniendo de las respuestas que para un porcentaje elevado de los encuestados como es la cifra de un 83%, resulta *‘el lenguaje y los procedimientos de los tribunales excesivamente complicados y difíciles de entender para el ciudadano*

medio”<sup>380</sup>. Ese acercamiento es lo que parece intentar el legislador con este nuevo texto, habiendo intentado redactarlo con una terminología que sea más comprensible para el ciudadano. En cambio FAIRÉN GUILLÉN es de la opinión de que la LECA se leía sin dificultad, “al contrario que lo que ocurre con normativas de estos días, impregnadas de la más alta afectación y oscurantismo, que no pueden disimular en ocasiones lo mediocre de su fondo”<sup>381</sup>. Para el legislador el término de diligencias finales le parece que es más cercano y más comprensible, aunque debemos señalar que la expresión ‘para mejor proveer’ gozaba de gran aceptación y expansión entre los sectores de la Administración de Justicia, contando con una larga trayectoria histórica. Es por esto por lo que las diligencias finales resulta ser para la gran mayoría una expresión carente de significado con el que no se ha acertado, pero a nuestro juicio lo cierto es que al tener un contenido tan distinto en comparación con el de las diligencias para mejor proveer, dejar esta nueva regulación con el mismo nombre iba a dar lugar a numerosas equivocaciones, por lo que el cambio era necesario. Cabe señalar respecto del lenguaje que ya con la promulgación de las Partidas de Alfonso X uno de los comentarios fue que “los juristas aparecen como un grupo o casta que cultiva una nueva ciencia, de la que queda excluido el pueblo llano, incluso por la lengua utilizada”<sup>382</sup>. Lo cual parece no haber cambiado mucho a día de hoy, cuestión normal partiendo de que cada profesión tiene sus propios términos. Entendemos que el cambio de nombre solo tiene justificación en que se trata de figuras con finalidades distintas y no porque solo sea por la voluntad de acercamiento del lenguaje al ciudadano pues, al igual que en otros ámbitos se usa un lenguaje técnico de difícil comprensión para los que no pertenecemos al mismo y no se modifica su lenguaje, no se entiende porqué en el ámbito

---

<sup>380</sup> TOHARIA CORTÉS, J.J., Y GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO, J.J., ob cit., pág. 41.

<sup>381</sup> FAIRÉN GUILLÉN, V., “Adiós a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881”, Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, nº 2, año 2002, pág. 243.

<sup>382</sup> MONTERO AROCA, J., “La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española, los poderes del juez y la oralidad”, Revista de Derecho Procesal, Nº 1-3, año 2001, pág. 559.

jurídico sí debe adaptarse perdiendo expresiones propias de gran arraigo. Además hay que considerar que el particular que acude a los Tribunales, por lo general va asistido de un profesional de la abogacía que se encarga de simplificar los posibles términos confusos, luego no parece en principio ser tan necesario, ni que eso haya sido la principal causa del cambio. Y por último porque si la pretensión del legislador fuera acercar el lenguaje jurídico al ciudadano, hubiese cambiado numerosos términos complejos que existen en los códigos y no solo el de las diligencias para mejor proveer. El cambio de términos para crear una mayor accesibilidad a las personas desconocedoras del Derecho tiene buena base en la intención, pero se puede correr el riesgo de reducir la rica y variada terminología cuando para acercarla al ciudadano ya existen los profesionales de cada materia.

En el apartado VII la Exposición de Motivos explica que *“en el ámbito de las disposiciones generales, la ley introduce numerosas innovaciones con tres grandes finalidades: regular de modo más completo y racional materias y cuestiones diversas, hasta ahora carentes de regulación legal; procurar un mejor desarrollo de las actuaciones procesales; y reforzar las garantías de acierto en la sentencia”*. Sobre este último punto de *“acierto en la sentencia”*, a nuestro juicio las diligencias para mejor proveer iban más encaminadas a reforzar esas garantías en cuanto que, el juzgador se valía de ellas para una vez llegado el momento de dictar una resolución pudiese aclarar cualquier punto sobre el que albergase dudas. Las diligencias finales parecen no encaminarse especialmente a la misma finalidad en cuanto que la iniciativa corresponde a las partes, y solo de forma excepcional podrá el juez acordar que se lleve a cabo actividad probatoria pero sobre lo ya propuesto previamente por las partes, y que haya sido admitido. La Ley suprime una facultad inquisitiva del juez frente al principio general de parte. Para DE LA OLIVA SANTOS *“las diligencias finales se conciben por tanto, no para que el*



tribunal promueva prueba ni para que los litigantes puedan ser descuidados (...) o para que no aporten en su momento documentos que luego tarde y mal se traerán al proceso, sino para afrontar casos excepcionales, bien de no culpable imposibilidad de practicar prueba admitida, bien de imposibilidad de proponerla en sus ordinarios momentos”<sup>383</sup>.

Sin lugar a dudas la Exposición de Motivos deja clara la inspiración de este texto legal, en el que se ha apartado al juez de toda actividad que pueda desarrollar a través de su iniciativa probatoria de oficio, cuando es concebida como actividad independiente no sujeta a las peticiones de las partes. Se deduce por tanto que al ser las diligencias para mejor proveer una facultad inquisitiva del juez es por eso por lo que se suprimen, puesto que en esta Ley *‘no se entiende razonable que al órgano jurisdiccional le incumba investigar y comprobar la veracidad de los hechos alegados’*. A lo cual cabría decir que las diligencias para mejor proveer eran una iniciativa probatoria del juzgador pero sobre hechos ya existentes en el proceso, luego el carácter inquisitivo estaba delimitado ya que en otro supuesto habría existido la posibilidad del Juez o Tribunal de llevar a cabo una investigación para la aportación de hechos nuevos, y eso en ningún caso fue previsto ni permitido. Entendemos por tanto que el principio dispositivo no se veía afectado por la existencia de aquellas diligencias, ni la imparcialidad del juzgador. Lo que ocurre con la LEC es que se acaba con el principio de aportación de la prueba en la vertiente destinada al juzgador, conservando únicamente aquella que exclusivamente proviene de parte pues considera el legislador que así se respeta mejor el espíritu de ambos principios. Aunque como apunta MARTÍN OSTOS, *‘la imparcialidad judicial no tiene necesariamente que verse empañada por una prudente, restrictiva y bien regulada, iniciativa probatoria*

---

<sup>383</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A., y Díez-PICAZO, I., ob. cit., pág. 438.

de oficio<sup>384</sup>, opinión que venimos a compartir entendiendo que ninguno de los principios, tanto el dispositivo como el de aportación ‘de parte’, se vulneran por la iniciativa probatoria de oficio correctamente delimitada. Además de otra forma estaría admitiéndose que en otros cuerpos legales en los que sí se admiten las diligencias para mejor proveer se quiebra la imparcialidad del juez, como es el caso del procedimiento contencioso-administrativo, y del proceso laboral. Debemos añadir que esta Ley quiere potenciar al máximo el acto del juicio restringiendo la actividad previa a la sentencia a lo ‘*estrictamente necesario*’, pero compartiendo esta idea, debemos señalar que no obstante consideramos apropiada la existencia de un instrumento dentro del momento destinado a elaborar la sentencia, mediante el cual puedan solucionarse determinados extremos. Por eso no podemos rechazar la actividad en este periodo en defensa de una concentración y agilidad de la Justicia cando en el caso de necesitarse y no disponer de dicho instrumento, la única vía que queda es el recurrir a la apelación que indudablemente quiebra lo anteriormente buscado. Veamos entonces cómo las palabras del legislador en esta Exposición de Motivos, han tomado forma a través de los artículos que vamos a analizar en las páginas posteriores.

#### **4.2 Requisitos para su acuerdo**

En primer lugar, vamos a ver la redacción final en lo concerniente a las diligencias finales, que quedan establecidas en el art. 435 de la siguiente forma:

---

<sup>384</sup> MARTÍN OSTOS, J., ob. cit. pág. 236 y ss.

Procedencia.\_1. Sólo a instancia de parte podrá el tribunal acordar, mediante auto, como diligencias finales, la práctica de actuaciones de prueba, conforme a las siguientes reglas:

1ª. No se practicarán como diligencias finales las pruebas que hubieran podido proponerse en tiempo y forma por las partes, incluidas las que hubieran podido proponerse tras la manifestación del tribunal a que se refiere el apartado 1 del artículo 429.

2ª. Cuando por causas ajenas a la parte que la hubiera propuesto, no se hubiese practicado alguna de las pruebas admitidas.

3ª. También se admitirán y practicarán las pruebas pertinentes y útiles, que se refieran a hechos nuevos o de nueva noticia, previstos en el art. 286.

2. Excepcionalmente, el tribunal podrá acordar, de oficio o a instancia de parte, que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos.

En este caso, en el auto en que se acuerde la práctica de las diligencias habrán de expresarse detalladamente aquellas circunstancias y motivos.

Para CORTÉS DOMÍNGUEZ “sean cuales sean las causas que permitan según la Ley, esta extraordinaria y excepcional suspensión del plazo para dictar sentencia, no tenemos la menor duda de que, en su caso, deberá ser

interpretada de forma restrictiva”<sup>385</sup>. A nuestro parecer el temor a que se prolongue en exceso el tiempo para dictar sentencia, viene solucionado por la LEC al establecer un plazo de veinte días para su práctica. Esta consideración de excepcionalidad del segundo supuesto responde al recelo que existe respecto a la iniciativa probatoria de oficio, la cual ha querido dejarse en esta legislación en segundo plano además de acentuar su carácter de excepcional, frente a la norma genera que será la actuación únicamente de las partes. Por nuestra parte entendemos que la iniciativa probatoria de oficio, tiene un carácter excepcional en el sentido de que primero son las partes las que deben actuar, y solo si el Juzgador considera incompleta su aportación para poder resolver intervendrá de oficio; pero no porque haya que mirar dicha iniciativa con temor, puesto que con una regulación correcta lo único que aporta son ventajas. De ahí que nos parezca que lo mejor sería comenzar a otorgar un tratamiento tanto a las partes como al órgano, como sujetos activos en la formación del material probatorio y no tildar de excepcional el acto del juzgador, consiguiendo de esta manera que la actividad de ambos se vea beneficiosa para el caso.

El planteamiento de las diligencias finales y las diligencias para mejor proveer es por tanto, completamente distinto. Con las diligencias para mejor proveer el juzgador se retiraba a elaborar la resolución y si tenía dudas lo que hacía era que a través de estas diligencias, acordaba algún medio de prueba que le diese respuesta. Nos parece lógico que las dudas surjan en este momento procesal que es cuando el juzgador posee todo el material al completo, y se disponga a valorarlo. Con la figura de las diligencias finales, el juez puede albergar las mismas dudas pero ya no dispone de esa iniciativa de

---

<sup>385</sup> CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Y MORENO CATENA, V., ob. cit. pág. 283. Para los autores los supuestos del art. 435.1 no tienen justificación dentro de lo que ellos consideran una ‘sana, justa y adecuada mecánica procesal’, porque es necesario establecer un momento en el que se debe concluir y precluir la posibilidad de introducir hechos y por tanto su prueba.

oficio para resolverlas, ya que se le ha privado de esa libertad anteriormente establecida de acordar cualquier prueba que estimase necesaria. Con estas diligencias como grata novedad se regula la situación en la que las partes habiendo solicitado la práctica de una prueba y ésta haberse acordado por el juzgador, no se practica finalmente por causas ajenas a su voluntad, por lo que van a poder solicitarlas nuevamente, al igual que servirán para dar a conocer un hecho nuevo o de nueva noticia. Para TAPIA FERNÁNDEZ “las diligencias finales se tratan de unos casos de verdadera imposibilidad de prueba”<sup>386</sup>. En esta Ley se cambia el sujeto de la necesidad: pasa de ser un juez dudoso, a una parte insatisfecha. Como expone PÉREZ DEL OLMO “si las diligencias para mejor proveer era una facultad que solo venía tribuida a los jueces, las diligencias finales solo se llevarán a cabo a instancia de parte interesada”<sup>387</sup>.

Las diligencias finales son un instrumento para realizar actividad probatoria que habiendo sido propuesta y admitida en el momento procesal oportuno, no pudo realizarse por causas ajenas a la voluntad de las partes debido a la existencia de determinadas causas<sup>388</sup>. De esta forma las diligencias

---

<sup>386</sup> TAPIA FERNÁNDEZ, I., CORDÓN MORENO, F., ARMENTA DEU, M.T., MUERZA Y ESPARZA, J.J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Aranzadi, Vol. I, Navarra, 2001, pág. 1481.

<sup>387</sup> PÉREZ DEL OLMO, R., *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Eusko Jaurlaritza, Gobierno Vasco, Ministerio de Justicia, Vitoria, 2001, pág. 83. El autor asemeja los presupuestos recogidos para las diligencias finales con el art. 862 de la LECA que disponía las condiciones para poder solicitar prueba en segunda instancia, ya que como señalaba el artículo en sus apartados 2º, 3º y 4º, las razones eran que no hubiera podido practicarse por razones no imputables a la parte, cuando se tratase de hechos nuevos acontecidos con posterioridad al término señalado para la proposición de prueba en la primera instancia, o hechos notorios cuyo conocimiento se hubiera tenido igualmente tras ese periodo. Efectivamente los presupuestos del art. 862 vienen a coincidir con el art. 435.1 de la LEC, cuestión a nuestro juicio de gran interés puesto que supone una mejora de la LEC al tratar de evitar que el proceso necesite acudir a la segunda instancia, con todo lo que ello supone.

<sup>388</sup> Para DE LA OLIVA SANTOS las diligencias finales son “actuaciones probatorias llevadas a cabo en actos separados”. Ob. cit., pág. 438. Para MARTÍN OSTOS “nos encontramos ante unas diligencias probatorias, practicadas en diferente momento de las-llamémoslas- ordinarias, que por haber ya terminado el juicio y estar en la fase final del proceso, constituyen un complemento indiscutible de las primeras”. Comentario al art. 435 en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, dirigido por LORCA NAVARRETE, A.M., Ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 2185 y ss. Para MUÑOZ, G., “esta figura consiste en la práctica de actuaciones de prueba, sometidas a una serie de presupuestos que podrán acordarse, de oficio en algunos casos, sólo a instancia de parte en otros...”, en *Problemas actuales...*, dirigido por ABEL LLUCH, X., Y PICÓ I JUNOY, pág. 170. Para VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., “las que se conocía como diligencia para mejor proveer en la LEC de 1881, no han sido suprimidas, pero sí han cambiado de nombre pues se las denomina diligencias finales”, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Dijusa, Madrid, 2000, pág. 627. Para GARBERI

finales van a romper con el anterior uso de las diligencias para mejor proveer, limitando de manera casi absoluta la iniciativa probatoria del órgano juzgador, y concediéndole a las partes la iniciativa para su solicitud como regla general. Pese a ser figuras completamente distintas, nos vamos a encontrar en la jurisprudencia sentencias en las que ambas parecen tratarse de la misma; así en la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2007 [JUR 2007\115079] podemos comprobar como se refiere a las diligencias finales como “el art. 435 en cuanto a que éste regula las diligencias de prueba (al modo de las antiguas para mejor proveer)”, dando a entender que son una sustitución. También el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en Sentencia de 16 de junio de 2008 [AS 2008\1771], al hacer referencia a las diligencias para mejor proveer se refiere a ellas para seguidamente matizar “o si se prefiere *finales...*”, como si el cambio fuera puramente terminológico. Como anticipábamos anteriormente, la mayoría de los autores no comparten la idoneidad de este término, para MARTÍN OSTOS y VÁZQUEZ SOTELO se ha suprimido una expresión de gran arraigo, utilidad, centenaria y con proyección en Hispanoamérica por una inexpresiva y vacía de contenido, que aludiría en lugar de su finalidad, solo al momento procesal donde se desarrollan<sup>389</sup>. Para MORENILLA ALLARD las diligencias finales no se pueden interpretar con los mismos parámetros que las diligencias para mejor proveer porque suponen una figura ‘nueva y distinta’, y además dice que no son finales pues hay conclusiones posteriormente cuando a los cinco días las partes realizarán escritos de balance acerca de las pruebas practicadas a través de dichas diligencias<sup>390</sup>. A nuestro juicio si son finales, porque aunque las

---

LLOBREGAT, J., las diligencias finales “son diligencias de naturaleza probatoria que podían ser llevadas a cabo una vez finalizado la tramitación del proceso durante la fase para dictar sentencia”, ob. cit., pág. 291. A nuestro juicio no han cambiado de nombre sino que han sido suprimidas, y se ha constituido una nueva figura jurídica con algunos presupuestos comunes, pero que en ningún caso vienen a ser un cambio terminológico exclusivamente.

<sup>389</sup> VÁZQUEZ SOTELO, J.L., ob. cit. pág. 547, el autor las denomina como ‘anodinas y estériles’. MARTÍN OSTOS, J.S., Revista del Poder Judicial, n° 67, año 2002, pág. 381.

<sup>390</sup> MORENILLA ALLARD, P., ob. cit., pág. 606.

partes realicen esa última actividad de conclusiones, parece lógico que se realicen por efecto de la práctica de las diligencias, y es la razón de que las partes intervengan. Por tanto finales nos parecen, lo que ocurre es que si las anteriores indicaban su finalidad, que era para mejor proveer la sentencia, estas diligencias omiten en su denominación la función que tienen, que ya no se corresponde con servir de instrumento al juzgador para reforzar su convicción, puesto que la petición es ahora a instancia de parte. Su denominación hace alusión exclusivamente a la situación en la que se realizan dentro de las actuaciones procesales posibles de un juicio, y por eso éstas diligencias serán las últimas que podrán realizarse. Podría hablarse también de ‘diligencias no realizadas, frustradas’, puesto que lo que da lugar a su uso es que no se hayan podido realizar determinadas pruebas propuestas y admitidas por el tribunal, por causas ajenas a la voluntad de las partes. Pues bien, si el legislador así propuso el cambio de nombre, habrá que estar a su actuación pues como señalaba la Exposición de Motivos se ha tratado de adoptar un lenguaje asequible para el ciudadano. Como expone HERBOSA MARTÍNEZ “llama la atención el nombre acuñado para designar lo que antes eran las diligencias para mejor proveer; su explicación, posiblemente pueda encontrarse, en el intento de simplificar la terminología legal y de utilización de un lenguaje más asequible al ciudadano”<sup>391</sup>.

En forma esquemática los requisitos objetivos que engloban los supuestos permitidos por el art. 435.1 de la LEC para poder solicitar diligencias finales, son por consiguiente tres grupos de pruebas:

1. No podrán ser diligencias finales las pruebas no propuestas, y las no admitidas en tiempo y forma.

---

<sup>391</sup> HERBOSA MARTÍNEZ, I., en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, dirigido por LLEDÓ YAGÜE, F., Ed. Dykinson, Madrid, 2000, pág. 427.

2. Podrán ser diligencias finales las pruebas propuestas en el debido tiempo procesal y habiendo sido admitidas, no se han ejecutado por causas ajenas a la parte que las propuso.
3. Serán también diligencias finales las pruebas que versen sobre hechos nuevos o de nueva noticia.

Y son cuatro los requisitos que deben cumplirse para poder ser practicadas además de que sean pedidas a instancia de parte. En primer lugar deben haberse propuesto con anterioridad y han debido ser admitidas por el tribunal; en segundo lugar que no se hubieran realizado ya obteniendo un resultado satisfactorio, pues se trata de evitar la repetición de pruebas que causen una dilación innecesaria; es igualmente necesario que no puedan imputarse a la parte las actuaciones que hayan llevado a la imposibilidad de su práctica; y por último es obligatorio que la parte justifique el motivo de pedir las extemporáneamente. Si de diese el caso de que una prueba fuese solicitada por ambas partes y no fuese practicada por causas ajenas a la voluntad de ambas, y sea solicitada posteriormente como diligencia final, para que el órgano pueda rechazarla debe probar la falta de diligencia de ambas partes como parece lógico.

#### **4.2.1 Requisitos subjetivos**

En cuanto a los sujetos que pueden solicitar que se adopten estas diligencias el artículo 435 de la LEC recoge como regla general, que será posible su solicitud ‘solo a instancia de parte’. Serán por tanto las partes, las protagonistas en este cambio de regulación donde exaltando el principio dispositivo y de aportación ‘de parte’, se procura eliminar cualquier resquicio que pueda dar lugar a una actuación en solitario del juzgador. No obstante, podrá haber una actuación de oficio excepcional la cual analizaremos más



delante. Aún así para HOYA COROMINA estas diligencias finales suponen un quebrantamiento del principio dispositivo y de aportación de parte, al igual que una ruptura de la concentración y de la oralidad; con estas diligencias 'el esquema del juicio ordinario se ve truncado'<sup>392</sup>. Defiende que sería más conveniente que se acuerde la suspensión del juicio, ya que no encuentra sentido a que éste se continúe sabiendo que existe una prueba trascendente que no ha podido ser materializada. A nuestro juicio la suspensión del juicio implica también ruptura de la concentración buscada, y si entendemos el juicio ordinario como un proceso que consta de tres fases: audiencia previa, acto del juicio y plazo para dictar sentencia, con la suspensión conseguimos que la fase del juicio quede subdividida. Además, hoy en día si lo que se pretende es dar agilidad al proceso, es casi más rápida la realización de diligencias finales que la suspensión y el nuevo señalamiento del juicio; hablando únicamente en términos temporales, se gana. No en todas las diligencias finales habrá que hacer vista para que las partes puedan intervenir, sino que la gran mayoría pueden solventarse dando únicamente traslado a las partes de su realización, y su posibilidad de valoración. Por ejemplo, para el caso de un testigo que no ha podido asistir sí tendrán que acudir las partes a una vista, pero para conocer el resultado de un exhorto a un organismo no será necesario, luego se gana tiempo. Pero de todas formas, pensamos que no se trata de considerar si es más adecuada la suspensión del juicio o la realización de diligencias finales, sino que son cuestiones distintas. Es claro que en muchas ocasiones si las pruebas propuestas no pueden llevarse a cabo en el acto del juicio éste se suspenderá, señalándose nueva vista para su práctica. Si esto no ocurriese, la parte solicitará nuevamente en apelación la prueba que no pudo realizarse, pero las diligencias finales además de cubrir dicho supuesto, se establecen además para otros casos. Es por esto, por lo que entendemos que no puede elegirse entre la suspensión o las diligencias

---

<sup>392</sup> HOYA COROMINA, J., ob. cit., pág. 1932.

finales, sino que al margen de que pueda haber nuevo señalamiento, estas diligencias deben existir por si algo quedó pendiente, o no tuvo el resultado esperado, o se tiene conocimiento de hechos nuevos o de nueva noticia. Nos parece un instrumento útil que no puede criticarse con el hecho de que lo acertado es suspender el juicio, ya que esto no implica que entonces deba prescindirse de esta figura.

Es en el apartado número dos del art. 435 donde se recoge la posibilidad de que estas diligencias se practiquen por el acuerdo del tribunal como supuesto excepcional, pero debemos matizar que dicha prueba en nuestra opinión, no será más que la repetición de otra practicada anteriormente a petición de las partes. Si ponemos estas diligencias en relación con las anteriores diligencias para mejor proveer el cambio es evidente puesto que, si las anteriores servían para completar el material probatorio, estas sirven únicamente para repetir pruebas propuestas por las partes y admitidas por el juzgador, junto con pruebas necesarias sobre hechos nuevos o de nueva noticia que han podido surgir. Aunque para RIFÁ SOLER, RICHARD GONZÁLEZ y RIAÑO BRUN, en la LEC de 2000 se han acogido las diligencias para mejor proveer “pero ampliado su ámbito a las partes que podrán solicitar la práctica de aquella prueba que no pudo sustanciarse en el acto del juicio oral por causas que no le sean imputables”<sup>393</sup>, opinión con la que no estamos de acuerdo puesto que la LEC no ha heredado las antiguas diligencias realizando sobre ellas una ampliación, sino que esta Ley ha creado unas diligencias completamente nuevas. Si admitiésemos que lo que se ha hecho en la LEC es acoger las diligencias para mejor proveer ampliadas, estaríamos reconociendo al juzgador una facultad de iniciativa probatoria de oficio, que desde luego actualmente no tiene. En la actualidad si el juzgador tiene dudas a la hora de resolver el caso deberá acudir a la carga de la prueba;

---

<sup>393</sup> RIFÁ SOLER, J.M., RICHARD GONZÁLEZ, M., y RIAÑO BRUN, I., ob. cit., pág. 235.

como señala ARMENTA DEU “la necesidad de recurrir a la carga de la prueba surge ante la circunstancia de que después de practicada la prueba, determinados hechos permanezcan dudosos sin que por ello quepa el dejar de dictar sentencia. En tal situación debe determinarse a quién perjudica la falta de prueba sobre tales hechos”<sup>394</sup>.

Pero curiosamente, pese a la fuerza que la Ley pretende dar a las partes a través de las diligencias finales concediéndole solo a ellas la posibilidad de su solicitud, realmente su acuerdo se trata de una potestad del juzgador puesto que es él quien decide sobre su admisión y su práctica. Esto quiere decir que por mucho que las partes soliciten que se practique una diligencia final que cumple con los requisitos, si el órgano no lo considera oportuno, ésta diligencia no se practicará. Como encontramos en Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia, de 30 de diciembre de 2005 [La Ley 250739/2005], la Sala considera que el Juez “no está obligado a practicar de forma necesaria o automática dichas diligencias finales que interesen las partes, siendo la decisión de acordar o no su práctica de su exclusiva potestad”. O en Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 2ª, de 30 de diciembre de 2005 [AC 2006\791], encontramos que las diligencias finales considera que siguen configuradas como una facultad que de forma potestativa y discrecional, respetando el art. 435, corresponde al tribunal. La Audiencia entiende que el carácter potestativo se deduce del término ‘podrá’ que empleaba igualmente el art. 340 LECA y que considera es lo ‘suficientemente expresivo’.

---

<sup>394</sup> ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, Ed. Marcial Pons, 4ªEd, Barcelona, 2009, pág. 164. Señala la autora que para atender a la carga de la prueba, lo primero es clasificar los hechos en ‘constitutivos, impeditivos, extensivos y excluyentes’, entonces se establece la carga de alegación y prueba de los hechos constitutivos al actor, y de los restantes al demandado. Para FERRER BELTRÁN la Justicia y la investigación de los hechos depende “de la habilidad del juzgador para determinar si la parte que soporta la carga de la prueba ha producido las pruebas necesarias para demostrar lo que debe probar al nivel de suficiencia exigido por el estándar aplicable”. FERRER BELTRÁN, J., *La valoración racional de la prueba*, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2007, pág. 3.

Podría haberse regulado que una vez que el juzgador, previo análisis de la diligencia solicitada encontrando que encaja en un supuesto permitido por la Ley, tuviera que acordarlas. En nuestra opinión, habiéndose realizado un cambio importante mediante el que se deja a las partes prácticamente como únicas partícipes de las diligencias finales, no tiene sentido que luego el órgano de forma discrecional decida si se adoptan o no finalmente, aunque la diligencia se encuentre entre los presupuestos del art. 435 como instrumento a su servicio. Podríamos plantearnos si ¿no debería estar el órgano obligado a admitirla si efectivamente cumplen los requisitos establecidos? ¿cual es realmente la finalidad que ha buscado el legislador con esta figura, si aun ajustándose a las condiciones establecidas puede ser rechazada por el juzgador discrecionalmente? Si bien es cierto que el juzgador debe en el auto que las acuerda o rechaza justificar su actuación, nos parece más razonable que una vez comprobado que la solicitud se ajusta a uno de los supuestos del art. 435, aquel debería estar obligado a llevarlas a cabo. En nuestra opinión, el órgano gozaba de discrecionalidad a la hora de acordar las diligencias para mejor proveer porque no se recogían supuestos específicos para las mismas, sino que dependía de si el juez consideraba que necesitaba más prueba o no, y a que era una actuación suya propia. En cambio con las diligencias finales encontramos que la Ley sí recoge expresamente los supuestos en los que las diligencias finales pueden solicitarse (y debemos entender acordarse), si cumplen los requisitos. Con estas diligencias se ha querido dar la posibilidad a la parte de solicitar nuevamente la práctica de pruebas que pueden ser cruciales para el caso y que no han podido practicarse, lo cual nos parece positivo ya que antes no se regulaba, pero al dejar que el órgano decida discrecionalmente su acuerdo en algunos casos las convierte en un instrumento poco útil. Por esto, el órgano en principio debería tener que acordarlas si cumplen todos los requisitos, en salvaguarda del derecho de defensa de las partes. Pero existe un reparo a la hora de establecer esta

obligatoriedad, y es que quizá a la hora de dictar sentencia, cuente ya con toda la información que necesita y pese a que efectivamente una prueba que cumple los requisitos no se ha practicado, ésta puede no ser ya necesaria para la decisión del juzgador. Además el derecho de defensa “no puede entenderse como el derecho a una actividad ilimitada en virtud de la cual, las partes puedan exigir la práctica de todas aquellas pruebas que proponen, sino que se limita a la recepción y práctica de las pruebas pertinentes”<sup>395</sup>. Encontramos que la Audiencia Provincial de Barcelona en Sentencia de Sección 19ª, de 29 de enero de 2004 [JUR 2005\61087], matiza sobre este aspecto que el legislador se muestra muy restrictivo a la hora de practicar estas diligencias “siendo facultativa y no automática si el juez ha formado ya su convicción”. De todas formas, pese a que esto efectivamente puede ocurrir y el tiempo para la obtención del fallo puede prolongarse, entendemos que siempre sería más acertado que la parte quede satisfecha en el sentido de haber podido practicar todos los medios que propuso, que además se admitieron como pertinentes por el juzgador y que evitarían quizá el hecho de que la parte decida por esa prueba acudir a apelación. Además, esa petición ilimitada de prueba en este caso se ve restringida porque se trata de pruebas ya acordadas con anterioridad, salvo el caso de los hechos nuevos o de nueva noticia que de todas formas, no abrirían un campo probatorio extenso.

#### **4.2.2 Requisitos objetivos**

El artículo 435.1 se divide en tres apartados dentro de los cuales se explica la procedencia o improcedencia de la solicitud de diligencias finales:

---

<sup>395</sup>“Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes”, Diccionario Jurídico El Derecho, Coordinado por la Universidad Pontificia de Comillas de Madrid, pág. 444.

- El primer apartado comienza con una negación que es que “no se podrán practicar las que hubieran podido proponerse en tiempo y forma por las partes”, recogiendo los casos en lo que no vamos a poder solicitar las diligencias finales. Se refiere por tanto a aquellos medios de prueba que debieron ser solicitados en el momento procesal de la audiencia previa, y que no pueden solicitarse mediante esta vía. No podrán solicitarse puesto que ahora están afectadas por la preclusión, quedando irremediabilmente fuera su posible propuesta en actos posteriores. Como señala GIMENO SENDRA, aunque no se señale en la Ley es lógico entender que serán pruebas propuestas en tiempo y forma, por supuesto admitidas, es decir, que el tribunal haya aceptado su práctica, y que conforme al art. 429 no se trate de pruebas inútiles e impertinentes<sup>396</sup>. Continúa el artículo excluyendo de nuevo, pues tampoco acepta como diligencias finales las pruebas que hubieron podido proponerse tras la manifestación del tribunal sobre insuficiencia probatoria que recoge el art. 429.1.II visto anteriormente. Si en dicho momento el juzgador señala algún punto donde a su juicio la prueba está incompleta, y las partes no haciendo caso de lo sugerido por el tribunal no adoptan ningún medio probatorio más, luego no podrán solicitarlo como diligencia final pues debieron proponerlo en ese momento. Si las partes hubieran hecho caso de la advertencia del tribunal, hubieran solicitado la prueba y luego no hubiera podido practicarse por causas ajenas a su voluntad, entonces sí podrían solicitarla como diligencia final pues se trataría de una propuesta más de prueba, equivalente al resto solicitadas por ella misma. Sobre las pruebas propuestas por la parte e inadmitidas por el tribunal no cabe plantearse su inclusión como diligencia final, puesto que la parte contó en ese momento con el recurso de reposición para intentar hacer valer su postura. Una vez presentado dicho recurso, el juzgador puede corregir y admitir la prueba

---

<sup>396</sup> GIMENO SENDRA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., MORENO CATENA, V., ob cit., pág. 334.

solicitada, o rechazar de nuevo su práctica que solo podrá ser nuevamente solicitada en apelación tras la debida protesta. Entendemos que si se permitiese plantear las pruebas inadmitidas como diligencia final, sería pedir por tercera vez una prueba frente al mismo órgano que ya la ha rechazado dos veces, y además porque no contempla la LEC en este momento dicha posibilidad.

- El punto número dos del art. 435 recoge el supuesto de solicitud como diligencias finales de pruebas propuestas y admitidas en el momento procesal oportuno, pero que no pudieron llegar a realizarse por causas ajenas a la voluntad de la parte. Como recoge VÁZQUEZ SOTELO, la redacción correcta del párrafo segundo debería comenzar afirmando o negando su posible petición como diligencia final<sup>397</sup>, es decir, diciendo ‘podrán ser solicitadas aquellas que por causas ajenas...’ o bien diciendo ‘no podrán ser solicitadas aquellas que por causas ajenas...’ puesto que en ningún momento la Ley señala si se puede o no; sólo de la lectura del párrafo tercero que comienza ‘también se admitirán..’ se deduce que la del párrafo segundo se admite, puesto que si no, el adverbio ‘también’ sobraría del enunciado del punto tercero. ‘Se deduce mediante la deducción lógica, teleológica y sistemática’<sup>398</sup>, pareciendo no obstante más adecuado que no deba extraerse el significado y contenido de este apartado a través de la comparación con otro sino por él mismo, y como el primero comienza con una negación y el tercero con una afirmación, podría haberse matizado este segundo para evitar posibles dudas.

Respecto a las causas que impiden la realización de la prueba y suelen darse con mayor frecuencia son por ejemplo, la responsabilidad de la otra

---

<sup>397</sup>VÁZQUEZ SOTELO, J.L., ob cit., pág 552.

<sup>398</sup> VÁZQUEZ SOTELO, J.L., ob. cit., pág. 553.

parte que ha impedido su práctica con el objeto quizá de obstaculizar, la aparición de causas de fuerza mayor que son las que han sido las causantes de esa imposibilidad de práctica, y en ocasiones el motivo es el retraso de los órganos judiciales, pudiendo darse el incumplimiento de lo solicitado por parte de otras instituciones a las que se pidió auxilio judicial, como por ejemplo, el caso en el que el órgano judicial acuerde un exhorto necesario para la prueba propuesta a otro órgano o centro, y éste se demore excesivamente, o incluso no llegue a hacerlo efectivo. Estos serían casos donde la parte, actuando correctamente al presentar la solicitud de prueba en el momento procesal adecuado y siendo ésta admitida, finalmente no llega a practicarse por causas que no se le pueden imputar, y por tanto la misma parte puede solicitar que se lleve a efecto mediante diligencia final. Consideramos este apartado como una grata mejora que ha introducido la LEC, ya que con anterioridad esta situación no podía resolverse salvo con la actuación del juzgador a través de las diligencias para mejor proveer, pero que de ninguna manera la parte podía solicitar. En todo caso, acudía a la apelación para intentar que esa prueba se practicara pero no cabe duda que la opción que ofrecen las diligencias finales de hacer partícipe a la parte en una situación así, lo consideramos completamente acertado por parte del legislador. En nuestra opinión ésta sí es una gran novedad de la LEC que merece ser señalada, en cuanto que aporta una oportunidad decisiva a la parte de hacer valer sus pretensiones.

- La tercera y última regla que el art. 435 establece como supuesto posible de admisión, es aquella que se refiere a los hechos nuevos o de nueva noticia. Se trata de hechos que se conocen después de la fase de alegaciones, y antes de empezar el plazo para dictar sentencia. En este párrafo tercero el artículo 435 nos remite al art. 286 de la LEC al exponer que “se refieran a hechos nuevos o de nueva noticia, previstos en el art. 286”. En dicho artículo



286 se establece que una vez concluida la fase de alegaciones y antes de comenzar el plazo para dictar sentencia, si se conociese algún hecho de relevancia para el pleito la parte lo pondrá inmediatamente en conocimiento del órgano a través de un escrito, que se denomina ‘escrito de ampliación de hechos’. Este escrito a su vez se traslada a la otra parte para que en el plazo de cinco días manifieste si reconoce el hecho alegado como cierto o no, momento en el cual redactará todo lo que estime conveniente sobre el hecho aducido. Si no se reconoce como cierto dicho hecho se propondrá y se practicará prueba sobre el mismo, cuando según el procedimiento y el momento procesal, fuera posible. Y señala el final del párrafo tercero del artículo 286 que: “en otro caso, en el juicio ordinario, se estará a lo dispuesto sobre diligencias finales”. El legislador lo que probablemente haya querido evitar es el acudir a la segunda instancia si esto ocurriese, y así dotar a las partes de un instrumento que permita la solicitud de prueba sobre esos hechos antes de que tenga que hacerse en apelación, que supone un alargamiento del plazo para la finalización del proceso. El art. 460.3 de la LEC recoge por su parte que es lo que puede pedirse en apelación donde efectivamente hace mención a los hechos nuevos exponiendo que: “se podrá pedir además la práctica en segunda instancia de las pruebas siguientes: 3º) Las que se refieran a hechos de relevancia para la decisión del pleito ocurridos después del comienzo del plazo para dictar sentencia en la primera instancia, o antes de dicho término siempre que la parte justifique que ha tenido conocimiento de ellos con posterioridad”; con las diligencias finales se solicitaría esta prueba antes de tener que acudir a la apelación, lo cual es a nuestro parecer un gran acierto del legislador.

Se entiende que con hechos nuevos o de nueva noticia se refiere tanto a los *nova producta*, que son hechos que han acaecido con posterioridad al escrito de demanda y al de contestación, y los *nova reperta*, que son hechos

acaecidos con anterioridad al momento de presentar la demanda pero que eran desconocidos por la parte, y de los cuales tendrá conocimiento posteriormente. Es fundamental que la parte no tuviese conocimiento de esos hechos con anterioridad, puesto que si no estaríamos ante un supuesto donde sí se supliría la negligencia de ésta que debió ponerlos en conocimiento del juzgador a su debido tiempo, y por alguna razón no lo hizo. Por eso el órgano quiere asegurarse de que el conocimiento ha sido realmente en momento posterior, y no es un descuido de la parte. Así, en el último párrafo del artículo 286 que nos remite al art. 435, éste señala que el tribunal rechazará mediante providencia la alegación de la parte en la que comunica un hecho nuevo si no acredita la circunstancia de haberlo conocido con posterioridad, en el escrito en el que alega la existencia de esos hechos. El tribunal quiere ser precavido y necesita hacer constar junto con la alegación de los hechos nuevos, la justificación de que realmente han sido conocidos por la parte en ese momento de manera tardía, que es lo que ha provocado que no hayan podido incluirse en el momento procesal adecuado. Y es más, la Ley en dicho artículo sigue matizando que el órgano va a poder mediante providencia declarar su improcedencia cuando no resulte lo suficientemente acreditado que efectivamente conoció los hechos posteriormente; expone así que “si a la vista de las alegaciones de las demás partes, no apareciese justificado *lo suficientemente* que el hecho no se pudo alegar en los momentos procesales ordinariamente previstos (la cursiva es nuestra)”. Como parece lógico, la otra parte probablemente no colaborará con la parte que solicita que se tenga en cuenta esos hechos supuestamente nuevos, lo que llevará al juzgador a la necesidad de hacer una valoración entre las alegaciones de ambas partes para tratar de averiguar qué es lo cierto. Además, el último párrafo del apartado cuarto del art. 286, añade que tiene el juzgador la posibilidad de imponer una multa a la parte que alegue la existencia de esos hechos acaecidos con posterioridad, si apreciase que ha actuado con ánimo dilatorio o mala fe

procesal. Para CORTÉS DOMÍNGUEZ “no es imaginable que el juez pueda tener en cuenta hechos nuevos ocurridos con posterioridad a esa terminación *del juicio* (...) pues parece de todo punto de vista lógico establecer un momento en el que debe concluir. En definitiva, no tiene sentido establecer un término de conclusión o de preclusión general, para establecer de forma inmediata la excepción”<sup>399</sup> (la cursiva es nuestra).

A nuestro juicio respecto a los hechos nuevos consideramos que el legislador ha tenido acierto por dos razones; en primer lugar, porque trata de evitar que haya que acudir a la segunda instancia para notificar su conocimiento, lo que indudablemente lleva a un acortamiento del plazo si se estiman como diligencia final, pues en contra de CORTÉS DOMÍNGUEZ que lo considera un “gravísimo error del legislador que implica una distorsión muy grave de lo que es el proceso y de su necesaria incardinación en unas coordenadas temporales precisas y breves”<sup>400</sup>, por lo que considera que para eso está la apelación, debemos decir que una apelación si lo que se busca es la brevedad, es justamente lo que en la práctica (que es donde interesa la Ley), no puede ser mejor ejemplo de alargamiento del fin del proceso. En segundo lugar, el añadido junto con los hechos nuevos de los de nueva noticia. Por supuesto deben tratarse de hechos relevantes para el juicio “es el órgano jurisdiccional, sin traba, sin limitaciones o tabuladores, el que debe especificar la influencia que puede ejercer un típico medio de prueba en cada caso con relación a la certeza que en él produzca”<sup>401</sup>. Su prueba debe ser trascendente a la hora de dictar sentencia, pues no se admitirán aquellos que no vayan a tener consecuencias sobre la misma; *frusta probatur quad probantur no relevat*.

---

<sup>399</sup> CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Y MORENO CATENA, V., ob. cit., pág.284.

<sup>400</sup> CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Y MORENO CATENA, V., ob. cit., pág.285.

<sup>401</sup> MARTÍNEZ PINEDA, A., *Filosofía jurídica de la prueba*, Ed. Porrúa, Mexico, 1995, pág. 109.

Dentro de la LEC podemos encontrar otros dos artículos que también hacen mención a la aparición de los hechos nuevos, como son los arts. 426 y 433. El párrafo cuarto del art. 426 donde se regulan las alegaciones complementarias y aclarativas dentro de la audiencia previa, establece que las partes podrán alegar en el juicio los hechos acaecidos con posterioridad a la presentación de la demanda siguiendo lo establecido en el art. 286. Y el art. 433 en su párrafo segundo nos remite a actuar según el art. 286 para el caso de aparición de hechos acaecidos tras la audiencia previa. Existen por tanto tres momentos procesales donde pueden surgir:

- Primer momento: hechos acaecidos o conocidos con posterioridad a la presentación de la demanda, y que deben ser planteados en la audiencia previa. Lo recoge el art. 426 y se remite a las pautas del art. 286.
- Segundo momento: hechos acaecidos o conocidos en el periodo comprendido entre la audiencia previa y el juicio, regulados en el art. 433 que remite al art. 286 en cuanto a la forma posible para poder alegarlos.
- Tercer momento: aquellos hechos nuevos o de nueva noticia que bien acontecen, o bien de los que se tiene conocimiento en el periodo comprendido entre la celebración del juicio y el dictado de la sentencia, y que son los que afectan a este estudio. Serán los recogidos en el art 435.3, estableciendo la posibilidad de tenerlos en cuenta a través de las diligencias finales, y remitiéndose nuevamente al art. 286 para el procedimiento de actuación.

Para finalizar podemos resumir que los puntos en común por consiguiente tanto de los hechos nuevos o de nueva noticia con independencia del momento procesal de su conocimiento son: la necesidad de que sean hechos relevantes para la sentencia, que la parte debe justificar que los ha conocido tardíamente y razonar de manera justificada el porqué los alega en

ese momento, y por último que el juzgador puede imponer una multa a la parte que los alega si encuentra ánimo dilatorio o mala fe procesal.

Volviendo al artículo 435.1 de la LEC, para RIFÁ SOLER, RICHARD GONZÁLEZ y RIAÑO BRUN, a través de este artículo lo que se consigue es que se dicte la sentencia conforme a todos los hechos y pruebas que tienen relación con el proceso, y “se limita la prueba en segunda instancia, ya en que el recurso de apelación no cabe solicitar la práctica de aquellos actos de prueba que pudieron haberse solicitado como diligencia final”<sup>402</sup>, lo que comparte PÉREZ DEL OLMO al que le “parece lógico y natural”<sup>403</sup> la utilización de estos medios antes de la apelación. Señala XIOL RÍOS otro supuesto interesante en la que no podrá acordarse diligencia final alguna, que será por parte del demandado que se encontrase en situación de rebeldía procesal en la audiencia previa, debe sujetarse éste a participar de las pruebas propuestas por las otras partes, pero no podrá solicitar ninguna diligencia final<sup>404</sup>.

Sobre el tipo de pruebas que se permite solicitar como diligencias finales la Ley no dice nada, pero la doctrina entiende que los medios de prueba que podrán solicitarse como diligencias finales serán los que regula el artículo 299 de la LEC. Estos son: el interrogatorio de las partes, los documentos públicos, los documentos privados, el dictamen de peritos, el reconocimiento judicial, y el interrogatorio de testigos. Esto es de relevancia para el apartado tercero del art. 435.1 sobre los hechos nuevos o de nueva noticia, ya que sobre esos hechos va a proponerse una primera prueba y por tanto se elegirá qué medio de prueba se utiliza y cual puede solicitarse a través de una diligencia final. En cambio, para los demás apartados del

---

<sup>402</sup> RIFÁ SOLER, J.M., RICHARD GONZÁLEZ, M., Y RIAÑO BRUN, I., ob. cit., pág. 234.

<sup>403</sup> PÉREZ DEL OLMO, R., ob. cit., pág. 83.

<sup>404</sup> XIOL RÍOS, J. A., (coor.), *Enjuiciamiento Civil. Comentarios y Jurisprudencia*, Tomo II, Ed. Sepín, Madrid, 2008, pág. 2680.

artículo que van a ser pruebas propuestas y admitidas pero no llevadas a cabo, el medio de prueba ya se fijó en su momento y lo único que se solicita es que se realice de nuevo, pero en ningún caso se pide un nuevo medio de prueba sobre esos hechos, sino simplemente su repetición.

Para SEOANE SPIEGELBERG la jurisprudencia a través de las sentencias ha delimitado la práctica de estas diligencias a unas situaciones determinadas<sup>405</sup> que son:

- 1) Que siempre quede salvaguardada la imparcialidad del órgano, pues nunca deben suplir las deficiencias de las partes en su defensa.
- 2) Tienen un carácter excepcional y complementario, cuyo único fin debe ser adquirir mayor certeza y aclaración sobre los hechos, de cara a la convicción del juzgador en la que se albergaban todavía puntos oscuros.
- 3) Deben tratar siempre sobre manifestaciones o pruebas que las partes hayan practicado o indicado su práctica en el transcurso del pleito.
- 4) No podrán introducir en ningún caso hechos nuevos, ni tratar sobre hechos distintos a los alegados por las partes, o a los alegados extemporáneamente.
- 5) Sólo cabrá su práctica siempre y cuando el pleito haya sido recibido a prueba.

#### **4.3 Las diligencias finales de oficio**

La LEC limita la iniciativa probatoria de oficio en el acuerdo de diligencias finales, ya que deja al juzgador en un papel secundario a través de una única intervención, que además será compartida con las partes.

---

<sup>405</sup> SEOANE SPIEGELBERG, J.L., ob cit, pág. 38.

Desaparece por tanto la libertad de la que disponía el órgano con las diligencias para mejor proveer, ya que se ha eliminado la posibilidad de actuación que gozaba con éstas. Con esta Ley se han reducido de manera más que notable las facultades que la LECA 1881 y la reforma de 1984, le otorgaban al órgano juzgador en el acuerdo de práctica de pruebas. Para ARAMENDI SÁNCHEZ “esta limitación de las facultades del juez no tiene parangón en los demás órdenes jurisdiccionales”<sup>406</sup>, ya que tanto en el ámbito contencioso-administrativo como en el social vistos en páginas anteriores, el juez sí tiene esta iniciativa.

En el art. 435 en su apartado segundo se regula la iniciativa probatoria de oficio al recoger que:

“Excepcionalmente, el tribunal podrá acordar de oficio o a instancia de parte, que se practiquen de nuevo pruebas sobre los hechos relevantes, oportunamente alegados, si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos”.

Para ASENCIO MELLADO, la opción legislativa de restringir de manera tan absoluta la iniciativa probatoria de oficio si lo comparamos con las diligencias para mejor proveer es negativo, porque aunque el pleito sea de naturaleza privada si el órgano cree que puede adquirir mejor convencimiento

---

<sup>406</sup> ARAMENDI SÁNCHEZ, P., “El juez en la averiguación de los hechos. Un análisis crítico del principio de aportación de parte en la nueva LEC”, en Revista Jueces para la Democracia, nº 40, marzo 2001. El autor señala que “dejando de lado el penal por obvias razones diferenciadoras, resulta cuanto menos paradójico que tanto en el orden contencioso, art. 61 LRJCA de 1988, el orden social, art. 87.3 y 88.1 de la LPL RDL 1995, incluso el arbitraje civil, art. 26 Ley 1988, permiten intervenir al juez en la práctica probatoria y proponer las pruebas que estime necesarias para el esclarecimiento de los hechos”.

mediante la práctica de una prueba sin tener que acudir al sistema de la carga de la prueba<sup>407</sup>, nada debería oponerse y así actuaría más acorde a la función social que desempeña<sup>408</sup>. Señala DÍAZ FUENTES que el art. 435.2 tiene tanto “errores de enfoque o concepción de la figura, como falta de precisión”<sup>409</sup>. Para VÁZQUEZ SOTELO este apartado segundo “se trata de un pecado procesal que el juez podrá cometer excepcionalmente”<sup>410</sup>. Una vez que el art. 435 ha establecido a lo largo de su apartado primero que las diligencias finales se solicitarán como regla general a instancia de parte, en el punto número dos parece querer introducir tímidamente una ligera iniciativa probatoria de oficio, pero dejando entrever como así creemos, la incomodidad que supone pues enseguida añade ‘o a instancia de parte’. La iniciativa probatoria del punto segundo no es ni mucho menos exclusiva del tribunal, sino que será compartida con las partes, lo que consideramos importante como enseguida veremos. Esta LEC acentúa como principios base el dispositivo y el de aportación ‘de parte’, y el legislador procura no salirse bajo ningún concepto de estos márgenes establecidos, por lo que el hecho de concederle iniciativa probatoria de oficio a modo de las antiguas diligencias para mejor proveer, es a día de hoy algo que ha quedado completamente fuera.

Las condiciones que pone el artículo para poder solicitar las diligencias finales en este supuesto es que deben versar sobre ‘hechos relevantes’, lo cual resulta obvio puesto que sobre los hechos que no interesan para la resolución

---

<sup>407</sup> Art. 217 sobre la carga de la prueba. 1) Cuando al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimaré las pretensiones del actor o del reconvéniente, o las del demandado o reconvéniente, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones.

2) Corresponde al actor y al demandado reconvéniente la carga de probar la certeza de los hechos que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención.

3) Incumbe al demandado y al actor reconvéniente la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impida, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos del apartado anterior.

<sup>408</sup> ASENCIO MELLADO, J.M., “La Prueba”, dentro de la colección *Proceso civil práctico*, Tomo IV, dirigido por GIMENO SENDRA.V., Ed. La Ley. Madrid 2001, pág. 45.

<sup>409</sup> DÍAZ FUENTES, A., ob. cit., pág. 107.

<sup>410</sup> VÁZQUEZ SOTELO., ob cit., pág. 554.



no se acuerda o procura no acordarse prueba alguna que retrase, y porque así nos lo ha hecho saber anteriormente. Señala también que hayan sido ‘oportunamente alegados’, es decir, que se tratará de prueba relacionada con los hechos que se alegaron en el momento procesal adecuado con base en el art. 216 de la LEC. Las diligencias finales extraordinarias no vulneran en ningún caso dicho artículo puesto que el juez no va a poder ni introducir ni referirse a hechos distintos, de los que hayan fijado las partes en sus pretensiones. Cuando la ley dice “sobre hechos relevantes, oportunamente alegados” lo que quiere evitar es la posibilidad de que puedan introducirse nuevos hechos por esta vía, lo cual para el órgano está totalmente prohibido en cualquier momento. Cabría señalar aquí la posibilidad de que el órgano pudiese acordar nueva diligencia final haciendo uso del apartado segundo del art. 435, sobre hechos que en un primer momento no habían sido oportunamente alegados porque no se conocían, pero sobre los que la parte solicitó una diligencia final con base en el art. 435.3, tras la cual no se obtuvo el resultado esperado. Y por último, señala el precepto que es necesario que las pruebas que se realizaron anteriormente sobre esos hechos, no hayan arrojado los resultados esperados, debido a la existencia de unas causas que lo han impedido. Es decir, es necesario que el resultado negativo de la prueba sea como consecuencia de unos impedimentos que son los que han frustrado el resultado que se esperaba de la prueba. Señala LUMBRERAS MARTÍN que “su adopción ha dejado de constituir una facultad discrecional del tribunal, debiendo acordarse si se da alguna de las circunstancias previstas”<sup>411</sup>. Efectivamente, en comparación con las antiguas diligencias para mejor proveer el juzgador no dispone de la amplitud de acción que éstas le conferían sino que, ahora viene limitado al cumplimiento de unos requisitos para poder actuar. Para HOYA COROMINA “el art. 435.2 presenta un cierto

---

<sup>411</sup> LUMBRERAS MARTÍN, E.M., “Las diligencias finales de oficio del art. 435.2 LEC; su adopción en el juicio verbal y en procesos especiales no dispositivos”, en *Problemas actuales...*, pág. 388.

paralelismo con las diligencias para mejor proveer aunque es solo aparente”<sup>412</sup>, y es así por tratarse de iniciativa probatoria que emana del órgano, pero como comprobaremos eso será lo único que compartan puesto que el contenido distancia completamente ambas figuras. Para CORTÉS DOMÍNGUEZ “las partes deberían tener todos los poderes en materia de proposición de prueba y que el órgano judicial no debería poder practicar prueba de oficio”<sup>413</sup>, rechazando este autor de esta forma la posibilidad que otorga el art. 435.2, pese a lo restrictivo del mismo.

Tras estos tres requisitos iniciales, el artículo se complica aún más con la exigencia de otros dos requisitos que son:

- 1) Que las pruebas anteriores no hubieran prosperado por circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad de las partes.
- 2) Que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre los hechos.

Como explica VÁZQUEZ IRUZUBIETA “será menester que no sea admisible culpa a la parte que la propuso y que existan motivos fundados para creer que el resultado de la nueva práctica permitirá adquirir certeza”<sup>414</sup>. La diligencia final debe ser ‘conducente’ a obtener el resultado que se buscaba con anterioridad, y que las pruebas no aportaron, ya que existían unas causas que no lo hicieron posible, y que además no pueden ser imputadas a las partes. Entonces es en este momento cuando al tener conocimiento de que esas circunstancias impeditivas han desaparecido, cuando se vuelve a solicitar diligencia de prueba sobre esos hechos para ahora sí poder encontrar el resultado esperado. Claro que esto añade la dificultad que supone, el que se deba tener conocimiento de la

---

<sup>412</sup> HOYA COROMINA, J., ob. cit., pág. 1934.

<sup>413</sup> CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Y MORENO CATENA, V., ob. cit., pág. 215.

<sup>414</sup> VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., ob. cit., pág. 628.

desaparición del motivo que anteriormente impidió una realización satisfactoria de la prueba. Es decir, tanto el tribunal como la parte deberán saber que esas causas han desaparecido, y en todo caso la parte hacer ver que dicho motivo no puede imputarse a su mala actuación. Para la doctrina el precepto sorprende inevitablemente y es que, junto con la necesidad de mostrar la pertinencia de la prueba, se impone el requisito además de justificar que se tiene la certeza de que la ejecución de la prueba ahora va a aportarnos el resultado que se esperaba. Para MUÑOZ SABATÉ “decimos que cuando nuestra mente se adhiere a un determinado aserto sin temor a equivocarse, se produce la certeza”<sup>415</sup>, que es lo que en este supuesto se pide al juez que tenga. Esto es así porque la Ley matiza que se acordará esta diligencia final “siempre que”, por lo que no deja lugar a dudas sobre el imperativo de hacer ver que se tiene que tener la seguridad plena sobre el resultado positivo. Para FACHAL NOGUER este apartado segundo “recoge esa retahíla de requisitos que incrementan el confusionismo pues en muchas ocasiones se le plantearán al juzgador serias dudas acerca del modo en que tales requisitos deben ser interpretados”<sup>416</sup>. Es en este punto donde la doctrina encuentra dificultad de uso de este precepto pues, se está pidiendo al juzgador que sea capaz de anticipar el futuro, que prevea ‘cabalísticamente el resultado’<sup>417</sup>. Debemos señalar que en la práctica estos requisitos parecen flexibilizarse en ocasiones, como es el caso del auto del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 24 de marzo de 2009 [JUR 2009\185741] en el que podemos encontrar como a raíz de un recurso planteado por una de las partes al entender que no se cumplieron los requisitos del art. 435, ya que el órgano amplió una pericial a través de una diligencia final, el Alto Tribunal entiende que “se actuó dentro de la legalidad basándose en el derecho a utilizar los medios de prueba

---

<sup>415</sup> MUÑOZ SABATÉ, L., *Técnica probatoria*, Ed. Praxis, S.A, Barcelona, 1993, pág. 65.

<sup>416</sup> FACHAL NOGUER, N., “Las diligencias finales de oficio del art. 435.2 LEC, requisitos necesarios para su adopción”, en *Problemas actuales..* Para la autora el cumplimiento de los requisitos “supone recubrir con un armazón de seguridad la utilización abusiva de lo que antaño fueron las diligencias para mejor proveer”, ob. cit., *Problemas actuales...* pág.357.

<sup>417</sup> VÁZQUEZ SOTELO, J.L., ob. cit., pág. 432.

pertinentes”. Es decir, en este caso no se trataba de la repetición de una prueba sino de su ampliación, por lo que los requisitos del art. 435 efectivamente no parecieron cumplirse de manera estricta, y aún así, el Tribunal Supremo da prioridad al derecho a utilizar los medios de prueba. Entendemos que el hecho de que se establezcan unos requisitos, lleva aparejado su cumplimiento puesto que si no, estamos permitiendo que se contemplen situaciones no recogidas que pueden conllevar el otorgar al tribunal una iniciativa probatoria que el legislador no ha querido que tenga. Luego, pese a compartir o no lo establecido para el art. 435.2 LEC, éste debe cumplirse ya que de otra forma volvemos como comentábamos con el art. 429.1.II LEC a que dependiendo del caso se actúe de una forma o de otra, que es lo no deseable.

Sobre el peso que tiene la condición de la certeza la Ley quiere dejar constancia de que se trata de un requisito importante, puesto que el juzgador a través de un auto deberá exponer detallada y fundadamente las circunstancias y motivos que le llevan a pensar que ahora saldrá bien la práctica. Esta certeza es sin lugar a dudas, el requisito más complicado puesto que supone anteponerse a una acción. Así, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, en Sentencia de de 31 de enero de 2005 [RJ 2005\1140] deja claro que las diligencias finales solo pueden solicitarse a instancia de parte, y únicamente de forma excepcional y motivada por el órgano. Respecto al supuesto en el que sea el órgano quien las acuerde, matiza que “deberá explicar en este caso que la prueba es completamente necesaria y que las causas impeditivas han desaparecido”. Para CORTÉS DOMÍNGUEZ “el juzgador lleva a cabo un prejuicio sobre el resultado de la prueba practicada, lo que se puede determinar como evidente falta de objetividad e imparcialidad, propiciándose la quiebra del principio de

igualdad de las partes”<sup>418</sup>. Para GIMENO SENDRA y MORENILLA ALLARD el requisito de la certeza “no es solo un concepto filosófico trasnochado, sino que prácticamente convierten en un imposible a la prueba de oficio en el juicio ordinario (no olvidemos que el Juez-auténtico héroe- que desee ordenar la práctica de diligencias final de oficio ha de expresar *detalladamente* en su auto las circunstancias y motivos que justifican su decisión)”<sup>419</sup>. Claro que entendemos que como finalmente será el juzgador quien decida si se acuerda la práctica o no de la diligencia, decisión en la que sí goza de un margen de discrecionalidad amplio y puesto que se trata de una ‘creencia’, es decir, algo completamente subjetivo, cabe pensar que será difícil rebatirla por la parte mediante recurso para impedir que se practique. A DÍAZ FUENTES le causa admiración tanta excepcionalidad en el precepto cuando se trata de realizar una prueba sobre un hecho relevante, alegado en su momento procesal fijado, y que no obtuvo un resultado satisfactorio pues unas causas impeditivas lo impidieron, y que ahora habiendo desaparecido, la practicaremos de nuevo para obtener el resultado que esperábamos desde el principio. El autor se pregunta ¿por qué entonces tanta excepcionalidad?<sup>420</sup> Si se trata de una repetición a la que se añade el plus de la necesidad de fundamentar la convicción sobre ese resultado positivo, puede ser demasiada exigencia e incluso peligrosa puesto que se le exige una preconfiguración de un resultado, siendo ésta además la única diligencia final que puede instar el órgano. Compartimos la opinión del autor en el sentido de que es cierto que tratándose de una repetición de prueba no deberían establecerse tantos requisitos pues al fin y al cabo, el órgano no está acordando nada nuevo en el sentido de que se limita a repetir prueba solicitada por las partes, y ya practicada. Creemos que es una muestra más de la clara orientación de la LEC de restringir casi por

---

<sup>418</sup> CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., y MORENO CATENA, V., ob. cit., pág. 286.

<sup>419</sup> GIMENO SENDRA, V., ASENCIO MELLADO, J.M y MORENILLA ALLARD, P., *Proceso civil práctico*, Ed. La Ley, Madrid, 2008, pág. Para los autores el legislador debería haber utilizado el término ‘convencimiento’ en lugar de certeza, del juez sobre si los hechos controvertidos son ciertos o falsos.

<sup>420</sup> DÍAZ FUENTES, A., *La prueba en la ley de enjuiciamiento civil*, Ed Bosch, Barcelona, 1992, pág. 112.

completo la intervención del juzgador en cuanto a la práctica de pruebas, mostrando su rechazo a la iniciativa probatoria de oficio. Así la Audiencia Provincial de Córdoba entiende que: “la anterior LEC 1881 en su art. 340 regulaba las llamadas ‘diligencias para mejor proveer’ que la vigente Ley ha sustituido por las llamadas “diligencias finales” con presupuestos distintos a aquellos, en coherencia con la inspiración fundamental que debe de presidir el inicio, desarrollo y desenlace del proceso civil, reforzándose la importancia del acto del juicio y restringiendo la actividad previa a la sentencia a lo estrictamente necesario. Por ello la nueva Ley, al igual que la anterior, considera improcedente cualquier actividad por parte del órgano judicial que pudiera suplir la diligencia o cuidado de las partes. Estas diligencias finales han de ser consideradas como actos de instrucción realizados por decisión del órgano jurisdiccional en aquellos casos excepcionales que sean precisos para formar su íntima convicción sobre el motivo del proceso. Se comprende que deben tener una calificación muy excepcional y que concurren los requisitos exigidos por la ley”<sup>421</sup>.

No obstante este apartado para algún sector de la doctrina esconde una mayor discusión puesto que lleva a plantear el verdadero alcance de lo que la Ley va a permitir al juzgador realizar. Esto es lo que plantea MARTÍN OSTOS con la siguiente cuestión sobre si “¿sólo es posible repetir la práctica de pruebas que ya se llevaron a cabo en el juicio y no produjeron el resultado esperado, o la previsión legal es más amplia?”<sup>422</sup>. Para un sector, el enfoque que le ha querido dar el legislador a estas diligencias finales extraordinarias es el permitir únicamente como tales, a aquellas pruebas que fueron propuestas debidamente por las partes en el momento procesal que les correspondía, porque no

---

<sup>421</sup> SAP Córdoba, Sección 2ª, en sentencia vista con anterioridad, [La Ley 1554170/2003]

<sup>422</sup> MARTÍN OSTOS, J.S., “Las diligencias finales”, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, dirigido por LORCA NAVARRETE, A.M., Ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, pág.2190. El autor se pregunta qué es lo que debemos entender con la expresión “que se practiquen de nuevo pruebas”.

obtuvieron el resultado esperado debido a la existencia de unas causas que no lo hicieron posible. Se trataría por tanto de repetición de pruebas frustradas. Para ETXEBARRÍA GURIDI no se pueden introducir nuevas pruebas a través de este artículo pues dice claramente “adquirir certeza sobre hechos que tuvieron causas impositivas”<sup>423</sup>, luego no podemos referirnos a otros hechos distintos. Para GARBERÍ LLOBREGAT, se ponen demasiadas condiciones para poder llevar a cabo una diligencia final y califica las mismas como una “enrevesada hipótesis del legislador”. Para el autor es necesario que el contenido de las diligencias finales verse sobre medios de prueba que ya fueron propuestos, admitidos y practicados, por lo que no cabría más medios de prueba que los que ya se hubieran practicado, eso sí, con un final insatisfactorio que ahora desaparecidos los obstáculos que dificultaron el resultado, se practicarán de nuevo. Luego el alcance está delimitado claramente y no permite que el juzgador acuerde prueba distinta que le pueda parecer oportuna. El autor plantea un caso que resulta interesante y es que, puestos a pensar en causas impositivas imaginemos una enfermedad que padeció un testigo importante que le hizo no poder acudir al juicio pero que en el plazo para dictar sentencia ya se hubiese curado, y por tanto el testigo estuviese ya en condiciones de testificar. Pues bien, GARBERÍ LLOBREGAT niega la posibilidad de que pudiera solicitarse como diligencia final puesto que la prueba no llegó a practicarse, y el artículo 435.2 puntualiza que sean pruebas que se *practiquen* de nuevo, con lo que se entiende que debieron ser practicadas, lo que no sería el caso de este testigo que no pudo comparecer<sup>424</sup>. Venimos a compartirlo y a matizar que no sería practicable como diligencia final extraordinaria solicitada por el tribunal, pero sí podría solicitarse por la parte como diligencia final ordinaria con base en el art. 435.1. 2º, puesto que sería una prueba oportunamente alegada y admitida, que no pudo practicarse por causas ajenas a la voluntad de la parte. De oficio

---

<sup>423</sup> ETXEBARRÍA GURIDI, J.F, *Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 375.

<sup>424</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, J., *La prueba civil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 276.

no tendría cabida; con el art. 435.1.2 sí, pero con el art. 435.2 no, pues como compartimos con el autor no recoge la posibilidad de medios probatorios aún no practicados. Como señalan FERNÁNDEZ BALLESTEROS, RIFÁ SOLER Y VALLS GOMBÁU, las diligencias finales del apartado segundo del art. 435 “pueden considerarse como un elemento distorsionador, al configurarse como una facultad del tribunal para introducir medios probatorios a su propia instancia”<sup>425</sup>, que es lo que el otro sector defiende. Para FERNÁNDEZ SEJO “no se trata de nuevas pruebas sino de pruebas practicadas que se practican de nuevo”<sup>426</sup>.

Para este sector de la doctrina, el art. 435.2 no va a tratarse de una repetición de prueba sino que el juzgador podrá solicitar otros medios de prueba distintos y no solo aquel que arrojó el resultado negativo. Para MARTIN OSTOS, lo que el legislador muestra con “de nuevo pruebas” no es que se realicen las mismas pruebas, sino que estaríamos ante una segunda posibilidad de prueba<sup>427</sup>. El precepto es cierto que puede dar lugar a dudas en su interpretación y por eso la doctrina está dividida en cuanto al alcance de dicha posibilidad de actuación del órgano, pero nos posicionamos hacia la postura restrictiva.

Nuestra opinión es que la Ley fija como requisito para el juez, que la prueba que quiere realizar a través de estas diligencias se haya practicado anteriormente sin obtener el resultado esperado, por tanto entendemos que no puede por él mismo acordar un medio de prueba no practicado con

---

<sup>425</sup> HOYA COROMINA, J., ob. cit., pág. 1934.

<sup>426</sup> FERNÁNDEZ SEJO, J.Mª., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pág. 160. Añade el autor que “la concurrencia de todos los requisitos impuestos por el legislador lleva a pensar que la aplicación de este precepto será muy residual”, pág. 161.

<sup>427</sup> MARTÍN OSTOS, J.S., ob. cit, pág. 2190. Aunque entonces el autor muestra que esta solución se aproxima a las derogadas diligencias para mejor proveer. Por esto, es por lo que no podemos compartir esta opinión puesto que entendemos que la intención del legislador al suprimirlas es efectivamente eso, que no pueda el juzgador tener iniciativa, luego tratar de extraer esa posibilidad del precepto parece fuera de toda pretensión por parte del legislador.



anterioridad, aunque dicha prueba pudiera serle útil. El porqué se encuentra en un análisis detallado de dicho precepto, palabra por palabra, para evitar que puedan surgir diversas interpretaciones como ha venido sucediendo. Retomando pues el artículo, en su punto número dos, éste empieza con “excepcionalmente podrá el tribunal de oficio o a instancia de parte”, lo que consideramos el primer problema para intentar extender la solicitud a pruebas más allá de las repetidas únicamente. Si solo pusiese en el artículo ‘acordar de oficio’ excluyendo el ‘a instancia de parte’, ocurriría que sin haber leído el resto del precepto podría albergarse la duda sobre si ciertamente nos encontramos con una posible actuación exclusiva del juzgador en cuanto a acordar alguna prueba que a él le resulte necesaria (como las antiguas diligencias para mejor proveer), o no existe tal posibilidad. Pero al introducir la Ley ‘o a instancia de parte’, entendemos que se rechaza porque supondría igualmente que la parte pueda solicitar la práctica de pruebas no practicadas anteriormente; pero es más, entendemos que quizá ni alegadas puesto que ese supuesto ya lo recoge en su punto primero el art. 435 cuando permite a la parte solicitar la práctica de pruebas alegadas y no practicadas, luego en el punto número dos no iba la Ley a repetir el mismo supuesto. Nos parece fundamental el hecho de que en el precepto, no se haya señalado exclusivamente la iniciativa de oficio en este punto sino que se haya añadido también la posibilidad de que sea a instancia de parte. Y es así porque si de verdad la Ley hubiese querido otorgar iniciativa probatoria al órgano juzgador, sujeto siempre a los hechos alegados por las partes, le hubiese concedido un punto del precepto dedicado a él exclusivamente y no compartido con ellas. Entendemos que al compartirlo está estableciendo que lo que se pide no es nada nuevo, no se trata de nuevas pruebas puesto que esto a las partes les está prohibido al tenerlo que haber hecho en su momento, afectadas por la preclusión. De otra forma (si consideramos que se puede pedir prueba distinta), se estaría dando lugar a una segunda oportunidad de

prueba a las partes, puesto que podrían solicitar una prueba distinta a la frustrada que estimase conveniente, lo que vulneraría la preclusión de las pruebas de las partes. De ahí que la introducción de la instancia de parte delimite obligatoriamente la extensión del apartado.

Al continuar leyendo el precepto cuando expone “que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados”, podríamos de todas formas seguir manteniendo la duda pues establece que se van a poder practicar de nuevo pruebas lo que entendemos que se puede interpretar de dos formas: 1) que se practiquen pruebas distintas sobre unos hechos, con lo que entendemos que se puede practicar otro tipo de actividad probatoria y no necesariamente repetir pruebas, sino cualesquiera otras que se consideren importantes. 2) o que ese ‘de nuevo’ se refiere a que se practiquen *otra vez* pruebas que ya se practicaron antes. Si continuamos leyendo, la tercera parte del apartado encontramos que explica : “si los actos de prueba anteriores no hubieron resultado conducentes”, luego nos encontramos ante que las pruebas hechas con anterioridad “no nos han conducido” al resultado que esperábamos, y por tanto seguimos albergando dudas sobre esos hechos. Y entonces viene la parte del artículo donde a nuestro juicio se despejan las dudas sobre el alcance y es cuando matiza: “a causa de circunstancias ya desaparecidas”, por lo que es esa existencia de unas causas impeditivas las que condicionan la actuación a unas pruebas que se vieron afectadas por ellas y por consiguiente, no pueden ser pruebas distintas. Tenemos entonces que 1) se propuso una prueba. 2) a la hora de practicarla no obtuvimos el resultado esperado porque había unas causas impeditivas. 3) esas causas han desaparecido. 4) la Ley autoriza que se vuelva a repetir como diligencia final la misma prueba, ahora que ya no hay impedimentos. Otra cosa hubiese sido que la ley hubiera redactado el artículo de la siguiente manera, “que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos oportunamente alegados, si los

actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes a clarificar la realidad del hecho”, por ejemplo. La Ley en ese caso habría omitido “causas impeditivas ya desaparecidas” y por tanto permitiría que fuese cualquier prueba pero al añadirlo deja claro que serán las pruebas que no pudieron practicarse por verse afectadas por esas causas, y no otra prueba que creamos conveniente.

La redacción entendemos que puede dar lugar a dudas porque cuando dice que “se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes”, verdaderamente la Ley parece dar a entender que se pueden practicar las pruebas que creamos oportunas, se hayan practicado o no con anterioridad, porque además la redacción en plural de ‘pruebas’ en lugar de ‘prueba’ lo hace quizá más confuso. Hubiese sido más deseable que la redacción estableciese “que se practique de nuevo la prueba o en todo caso las pruebas que por causas no imputables a las partes no hubieran resultado conducentes al resultado esperado, y que habiendo desaparecido dichas causas, el tribunal o la parte estime que con su nueva práctica podrá obtenerse la certeza buscada”. Este apartado segundo del art. 435 va a utilizarse en casos por ejemplo, como que un testigo quede liberado del deber de guardar secreto y manifieste la voluntad de querer completar su testimonio anterior, o unos documentos que solo pudieron exhibirse parcialmente.

La LEC ha dejado fuera con estas diligencias la posibilidad que tenía el juzgador con las antiguas diligencias para mejor proveer, de practicar medios de prueba que creyese necesarios para dictar sentencia. Como apunta LORCA NAVARRETE “la finalidad de las diligencias finales no es atribuir al órgano jurisdiccional la facultad más o menos extensa de practicar prueba de oficio. Mediante las diligencias finales lo que se pretende es dar otra oportunidad a la parte, que a pesar de haber desarrollado una diligente

actividad durante el periodo probatorio, no ha podido finalmente practicar los medios probatorios que propuso”<sup>428</sup>. ¿Qué ha ocurrido para privar de esta facultad al juez? Si antes tenía dudas, no parece que a partir del año 2000 el juzgador vaya a dejar de tenerlas, luego a nuestro juicio debería contar con un instrumento mediante el que pudiese solucionarlas, acordando de oficio lo que estime necesario, antes de tener que recurrir a la carga de la prueba como única solución disponible. Como señala CHICO FERNÁNDEZ en el momento de dictar sentencia “se ensancha el campo de decisiones que deben ser resueltas por aplicación de la carga de la prueba, al restringirse a su vez, su capacidad para subsanar su falta de certeza sobre los hechos, acudiendo a la vía de las diligencias finales”<sup>429</sup>. Para PICÓ I JUNOY y ABEL LLUCH, ‘las diligencias finales se conciben por tanto no para que el tribunal promueva prueba, ni para que las partes puedan descuidar proponerla y hacer de su parte todo lo posible para que se practique cuando es razonable proponerla y practicarla, sino para afrontar casos excepcionales, bien de imposibilidad sin culpa de practicar la prueba admitida, bien de imposibilidad de proponerla en momentos ordinarios’<sup>430</sup>. Para BANACLOCHE PALAO la limitación de las diligencias finales “no encaja con un sistema en el que el tribunal ha tenido desde el principio un amplio conocimiento del asunto e incluso ha podido aconsejar a

---

<sup>428</sup> LORCA NAVARRETE, A.M., ob. cit., pág. 959. De hecho, PRIETO CASTRO ya recogía una reflexión en la que expresaba “piénsese en los casos de pruebas acerca de las cuales la parte ha realizado cuanto le incumbía, sin lograr el resultado. (...) Por todo ello no sería erróneo sostener que la parte pudiera sugerir al órgano jurisdiccional una diligencia para mejor proveer, y a ello apunta la sentencia de 28 de noviembre de 1961, que reconociendo que se trata de una facultad libre del órgano, admite que a veces sean propuestas o indicadas por las partes”, ob. cit., pág. 528. Nos parece interesante este apunte del autor ya que es la primera vez que se recoge el hecho de que efectivamente las partes podrían solicitar en dicho momento procesal la práctica de una prueba, aspecto que finalmente ha recogido la LEC con unos límites, de ahí que elogiemos la nueva redacción. No obstante, tal y como expusimos, no parece razonable la indicación de que puedan en algunas ocasiones solicitar las partes las diligencias para mejor proveer, puesto que si no está esa posibilidad recogida expresamente en la Ley, llevarla a cabo pone en riesgo la seguridad jurídica, pudiendo tener lugar una actuación diferente de un mismo precepto.

<sup>429</sup> CHICO FERNÁNDEZ, T., “La carga de la prueba y la iniciativa probatoria de oficio en la LEC”, en *Objeto y carga de la prueba*, coordinada por LLUCH ABEL, X., Y PICÓ I JUNOY, J., Ed. Bosch, Barcelona, 2007, pág. 152.

<sup>430</sup> PICÓ I JUNOY, J., Y ABEL LLUCH, X., ob cit, pág. 108.

las partes la práctica de determinadas pruebas”<sup>431</sup>. Opinión que compartimos puesto que parece chocar que mediante el art. 429.1.II el órgano pueda intervenir tan notoriamente sugiriendo a las partes qué pruebas cree que deben solicitar, y en cambio si él necesita que se practique una en concreto para dictar mejor resolución, se le impongan tantos requisitos para poder acordarla. Señaló GUASP a tenor de las antiguas diligencias para mejor proveer que “la ley ha olvidado el recto criterio que, como se recordará, no consiste en *substituir* la actividad privada por la actividad del Juez, sino en hacerlas compatibles y *colaboradoras*”<sup>432</sup>. Pues bien, en nuestra opinión este comentario del autor en el año 1943 es igualmente aplicable en el año 2009, y esto es así porque si en ese momento la crítica era que las partes quedaban al margen de la actividad probatoria realizada por el juez a través de aquellas diligencias, y por eso habla de sustitución de la actividad privada por la actividad del juzgador, a día de hoy parece que se ha invertido la situación habiendo quedado sustituida cualquier actividad del juez por una única y exclusiva actividad de las partes. De ahí que nos parezca interesante hacer referencia a este comentario, ya que la conclusión final es que de nuevo no se ha regulado una actividad conjunta y colaboradora juez-partes, sino que actualmente se ha anulado la iniciativa probatoria de oficio dejando a las partes actuar en solitario. Entendemos más acertada una posición como la anunciada por el autor en la que todas las partes dentro de un proceso, puedan tener actuación propia en cuanto al material probatorio existente para la resolución del mismo.

Para terminar podríamos plantearnos la cuestión siguiente: la Ley utiliza los términos de causas no imputables a las partes pero, ¿podríamos hablar de causas no imputables al Juzgador como argumento para acordar una

---

<sup>431</sup> BANACLOCHE PALAO, J., Y CUBILLO LÓPEZ, I., *Aspectos fundamentales de derecho procesal civil*, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Madrid, 2004, pág. 199.

<sup>432</sup> GUASP, J., ob. cit., pág. 163.

diligencia final? Pensemos por ejemplo que en el desarrollo de un juicio, el órgano haciendo uso de la facultad del artículo 429.1.II sugiere a la parte la conveniencia de la práctica de una determinada prueba pues aprecia la existencia de insuficiencia probatoria de unos hechos. La parte desatiende la indicación del órgano y no propone el medio probatorio sugerido, y por tanto no se lleva a cabo dicha prueba. El artículo 429.1.II no faculta al tribunal a acordarla por él mismo, luego quedaría sin realizarse. Llegado el momento en el que se abre el plazo para dictar sentencia, el juzgador observa que como la parte no propuso la prueba por él sugerida se encuentra con un hecho dudoso o con puntos oscuros que le impiden dictar una resolución adecuada a Derecho. ¿Podría entonces el tribunal solicitar la práctica de esa prueba como diligencia final basándose en una causa imputable a la parte? Con nuestra LEC no cabría dicha posibilidad pues la iniciativa probatoria de oficio no está regulada, y por tanto no podría acordarla por su cuenta, pero lo que sí es cierto es que el órgano se encontraría con un vacío del que ya advirtió, del que no hizo caso la parte, y con el que debe enfrentarse ahora en la elaboración de su resolución. Se trata de un planteamiento que lo que hace es mostrar cómo con la actual regulación, pueden acontecer situaciones que en último término afectan a la redacción de la sentencia. Entendemos que si el art. 429.1.II se mantiene y la orientación de la LEC no va a permitir otorgar margen de actuación de oficio, sería aconsejable que la situación planteada se solucionase o bien, permitiendo que el juzgador lo acuerde en la audiencia previa, o bien que se reserve para poder hacerlo como diligencia final.

#### **4.4 Las ‘notes en délibéré’ del Código Francés**

En el Derecho Francés existía una práctica común que consistía en que una vez acabada la celebración del juicio y retirado o retirados los magistrados a ‘deliberar’ el fallo, las partes les hacían llegar unas ‘notas’ en

las que daban a conocer elementos nuevos sobre el proceso. De esta forma, intentaban completar sus argumentos al haber tenido conocimiento de un elemento nuevo tras el cierre de los debates<sup>433</sup>. Por el momento en el que tenían lugar y por la forma de su adopción, que carecía de especial presentación, es por lo que pasaron a tomar el nombre de ‘notes en délibéré’, como simples notas entregadas en el momento en el que el órgano se retira a deliberar. Lo cierto es que se convirtieron en una práctica de lo más habitual, pero que en el fondo vulneraba los principios conforme a los cuales se había desarrollado el proceso. Esto es así porque las partes las usaban frecuentemente para intentar influir de manera unilateral en la decisión final del órgano y ahí es donde radicaba el peligro puesto que al haber concluido el periodo del juicio, estas notas quedaban fuera de la contradicción, quedando la otra parte en desventaja. Su concepción inicial que fue recogida en el Código de 1808, era porque en los procesos en los que intervenía el Ministerio Público, éste cerraba los debates y ya no tenía lugar ningún acto tras su intervención. Lo que se estableció fue que a través de estas ‘simples notas’ las partes enviaban las respuestas al Ministerio Público puesto que ya no habían podido intervenir. Finalmente en la práctica, terminaron por usarse con más frecuencia de la debida y no con esa finalidad, sino la de informar a los jueces tratando de ponerles a favor de la parte que las presentaba, o según se vea, en contra de la otra parte. Por esta razón, el NCPC a través de su art. 445 ha llevado a cabo una regulación exhaustiva de estas notas, en la que se establece su prohibición excepto los casos que dicho artículo regula, y de esta manera intentar evitar esta mala praxis. Por eso “los redactores del Código para solucionar el problema han impuesto una regla enérgica con el art. 445”<sup>434</sup>, que queda redactado de la siguiente manera: “après la clôture des débats, les parties ne peuvent déposer aucune note à l’appui de leurs

---

<sup>433</sup> LEFORT, CH., *Procédure civile*, Ed. Dalloz, París, 2005, pág. 175.

<sup>434</sup> COUCHEZ, G., *Procédure civile*, Ed. Sirey, 7ª edición, París, 1992, pág. 196.

observations, si ce n'est en vue de répondre aux arguments développés par le ministère public, ou à la demande du président dans les cas prévus aux articles 442 et 444". Esto establece dos situaciones únicas en las que se podrá llevar a cabo el depósito de estas notas; la primera, será como consecuencia de la intervención del Ministerio Público, y la segunda a petición del presidente. Para el primer caso, hay que diferenciar que cuando no interviene el Ministerio Público es la defensa la que cierre los debates tras los cuales no puede hacerse ningún acto al comenzar la fase de redacción de la sentencia. Pero en los casos en los que sí interviene es él el que los cierra, por lo que se entiende que la defensa puede verse afectada por los argumentos defendidos por el Ministerio Público, sin tener posibilidad de contestación. Es esta la razón por la cual se permite que pueda presentar estas 'notes en délibéré' como respuesta a sus argumentaciones. Y respecto a la segunda posibilidad de presentar estas notas, tiene lugar cuando el presidente encuentra extremos no del todo claros de cara a la redacción del fallo, y entonces solicita a las partes que le presenten las aclaraciones que considere convenientes. Es por esto por lo que el art. 445 hace remisión al art. 442<sup>435</sup>, que es el que permite al juez solicitar de las partes todas las explicaciones que considere oportunas sobre los hechos. Al igual que menciona también al art. 444<sup>436</sup> en el que se establece la posibilidad de reabrir los debates, es decir, se levanta el cierre (clôture) para que las partes puedan explicarse contradictoriamente cuando hayan sido demandadas para pedir aclaraciones de hecho o de derecho. Se impone al juez el deber de hacerlo pues el artículo señala "Il doit..." (él debe..), como forma de asegurarse el legislador que siempre, el principio de la contradicción va a ser respetado.

---

<sup>435</sup> Art. 442 NCPC: "Le président et les juges peuvent inviter les parties à fournir les explications de droit ou de fait qu'ils estiment nécessaires ou à préciser ce qui paraît obscur".

<sup>436</sup> Art. 444 NCPC: "Le président peut ordonner la réouverture des débats. Il doit le faire chaque fois que les parties n'ont été à même de s'expliquer contradictoirement sur les éclaircissements de droit ou de fait qui leur avaient été demandés".



Estas ‘notes en délibéré’ son el ejemplo de actuación por parte del juzgador tras la apertura del periodo de cara a dictar sentencia, al igual que las diligencias finales lo son en el sistema español, motivo por el cual parece interesante su inclusión. Vienen a remarcar de nuevo que en el NCPC no parece que haya reserva a la hora de conceder al juzgador los medios necesarios para elaborar el fallo, pues si de todas formas ya el art. 10 le facultaba para ordenar de oficio las pruebas que estimase necesarias, con las ‘notes en délibéré’, le da la oportunidad de pedir aclaraciones a las partes de manera directa sin que esto suponga realizar ninguna prueba de nuevo, sino que se limita a explicaciones para completar su convicción sobre el asunto. Por el contrario la LEC ha restringido en comparación toda posible actuación del órgano conducente a aclarar dudas que le puedan surgir, lo cual entendemos desafortunado.

#### **4.5 Forma, lugar y plazo para su acuerdo**

El *lugar* donde deben practicarse las diligencias finales es el que señala el art. 129 de la LEC, “las actuaciones del juicio se realizarán en la sede del tribunal, salvo aquellas que por su naturaleza deban practicarse en otro lugar”. El lugar por tanto viene dado por la naturaleza del medio de prueba a practicar que por lo general siempre es la sede del órgano judicial. Se practican en días y horas hábiles<sup>437</sup> y con presencia judicial atendiendo al principio de inmediación, que exige que el juez que vaya a dictar sentencia sea aquel frente al que se han practicado las pruebas.

---

<sup>437</sup> Serán los que señala el art. 130.2 LEC: “Son días hábiles todos los del año, excepto los domingos, los días de fiesta nacional y los festivos a efectos laborales en la respectiva Comunidad Autónoma o localidad. También serán inhábiles los días del mes de agosto”. Y para las horas hábiles habrá que estar al apartado tercero del mismo artículo que dice: “Se entiende por horas hábiles las que median desde las ocho de la mañana a las ocho de la tarde, salvo que la ley, para una actuación concreta disponga otra cosa”.

Para el *plazo* habrá que estar al artículo 436 de la LEC, puesto que recoge la regulación en concreto para las diligencias finales exponiendo que “las diligencias que se acuerden según lo dispuesto en los artículos anteriores se llevarán a cabo, dentro del plazo de veinte días, en la forma establecida para las pruebas de su clase”. Uno de los puntos en los que en la doctrina no existió discusión, fue sobre la necesidad que había de establecer un plazo para su realización lo que se puso de manifiesto en la reforma de las diligencias para mejor proveer de 1984. En la misma, se introdujo el plazo tan demandado pero se dejó depender del juicio y de la prueba que se tratase sin concretar aún los días específicos. Con la redacción de la LEC el legislador tuvo claro que era necesario establecer un plazo concreto para la práctica de diligencias finales. De esta forma se pretendía acabar con todas las críticas que se arrastraban de la anterior figura, al considerar que el proceso no podía dilatarse mediante actuaciones dentro del periodo final, no sujetas a plazo alguno. Por tanto para la ejecución de una diligencia final se cuenta con veinte días hábiles, que comenzarán a contar al día siguiente hábil a la notificación del auto acordando la práctica de la misma. Esto lo cierto es que no lo expresa concretamente la Ley pues ésta solo dice que se practicará en veinte días una vez acordada, sin matizar si comienza a contar desde el auto por el que se acuerdan, o si empieza a contar desde la notificación del auto a las partes. Al no recogerlo la Ley, inevitablemente vuelven a surgir las distintas interpretaciones doctrinales. Para VÁZQUEZ SOTELO el plazo debe empezar a contar en el momento en el que el órgano juzgador dicta el auto por el que acuerda la práctica de la diligencia final, pues para el autor se trata de un plazo judicial y no un plazo por el que las partes realicen un determinado acto, por lo que de nada depende el estar a la espera de la notificación del auto, para que el plazo comience a contar<sup>438</sup>. El autor asemeja la situación con la que plantea el art. 133.1 en su párrafo segundo cuando dice “no obstante,

---

<sup>438</sup>VÁZQUEZ SOTELO, J.L., ob cit., pág. 557.

cuando la Ley señale un plazo que comience a correr desde la finalización de otro, aquel se computará, sin necesidad de nueva notificación desde el día siguiente del vencimiento de éste”. Esta es la excepción al párrafo primero del citado precepto, que establece que “los plazos comenzarán a correr desde el día siguiente a aquel en que se hubiera efectuado el acto de comunicación del que la Ley haga depender el inicio del plazo”, claro que en el caso de las diligencias finales la Ley guarda silencio sobre a partir de qué acto hace depender el inicio del plazo.

A nuestro parecer es más adecuado que por el contrario se contabilice desde la comunicación a las partes, porque al tratarse de algo que ellas han solicitado pues no olvidemos que la regla general es a instancia de parte, entendemos que se les debe comunicar su acuerdo o no, para poder estar informadas en todo momento del estado de las actuaciones más aún si fuese a través del art. 435.2. Además debe empezar a contabilizarse una vez notificado el auto a las partes, ya que no podrá practicarse hasta que a su vez el órgano resuelva el posible recurso de reposición que la parte contraria puede interponer, o ambas partes si se tratase del art. 435.2 de la LEC. En las diligencias para mejor proveer el cómputo del inicio del plazo no era relevante ya que las partes no podían interponer recurso alguno, y no estaban definidos los días de los que se disponía para llevar a cabo la prueba.

Entendemos que el art. 133.1 LEC al matizar que “cuando la ley señale un plazo que comience a correr desde la finalización de otro”, en este caso no tiene lugar puesto que el plazo para llevar a cabo las diligencias finales, comienza una vez que se acuerde el auto aprobando su práctica, que tiene lugar una vez abierto el plazo para dictar sentencia, y no una vez terminado, como dice la Ley. Para la aplicación del art. 133.1 LEC en su párrafo segundo, necesitaríamos que hubiese un plazo anterior que al finalizar hiciera

correr el plazo de las diligencias finales, pero este primer plazo no existe. Es decir, se abre para dictar sentencia un plazo de veinte días durante los cuales puede solicitarse la práctica de una diligencia final. Si se acuerda su práctica, el plazo para dictar sentencia no habría finalizado sino que habría quedado en suspenso, luego no sería de aplicación el artículo 133.1 párrafo segundo, y debería comenzar a contar (el plazo de veinte días para practicarlas), una vez que se notifica dicho acuerdo positivo a las partes, que no hay que olvidar que son las protagonistas. De todas formas VÁZQUEZ SOTELO reconoce que en la práctica se estará más a que comience el plazo una vez comunicado a las partes, lo cual puede traer el problema de que no se comunique al mismo tiempo a las partes y pudieran darse distintos días de comienzo del plazo<sup>439</sup>. Parece lógico que se estará al momento en el que el órgano tenga la certeza de que a todas las partes les ha sido comunicado, y en caso de ser distintos momentos, se estará al momento en el que se le haya comunicado a la última. Para GIMENO SENDRA lo que sí parece claro es que, el plazo de cinco días otorgado a las partes para realizar los escritos de valoración salvando así la necesidad de contradicción, comenzará el día siguiente hábil a la notificación de la resolución en la que se ponga de manifiesto el resultado de dicha prueba<sup>440</sup>. Esta resolución señala que es importante, porque a través de ella se hace saber a las partes que ha transcurrido el plazo acordado para la práctica de las diligencias finales, y que éstas se han practicado ya que no siempre serán pruebas ante el órgano judicial, como por ejemplo pueden ser los casos de despachos o de exhortos judiciales. Aunque para GARBERÍ LLOBREGAT una vez practicadas las diligencias finales “parece que de manera automática, es decir, sin necesidad de que sea una resolución judicial determinada al efecto, se iniciará un plazo de cinco días en el que las partes...”<sup>441</sup>, luego para el autor no hace falta comunicación alguna de que se han practicado. Entendemos que

---

<sup>439</sup> VÁZQUEZ SOTELO, J.L., ob. cit., pág. 557.

<sup>440</sup> GIMENO SENDRA, V., ob. cit., 515.

<sup>441</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, J., Y BUITRÓN RAMÍREZ, G., ob. cit. pág. 281.

la exigencia de la notificación irá en función del medio probatorio solicitado ya que en principio se señalará una fecha para llevar a cabo la prueba acordada como diligencia final a la que acudirán las partes, por tanto éstas saben que una vez celebrada cuentan con cinco días para sus escritos, entendiendo que comienzan al día siguiente de esta celebración. Pero puede ocurrir que lo solicitado sea alguna prueba documental, en la que las partes no necesariamente intervengan y no tenga lugar esa vista, por lo que no saben cuándo se ha sabido el resultado y por lo tanto cuándo comienzan a contar los cinco días para el escrito. Por consiguiente, debemos entender que las partes serán informadas del resultado, mediante una notificación y empezará a contar el plazo para su valoración. El plazo para dictar sentencia parece ajustarse al art. 133.1 LEC, que comenzará una vez que transcurran los cinco días para que las partes elaboren sus conclusiones, y es así porque no depende de ningún acto el inicio del cómputo de los veinte días para dictar sentencia sino simplemente el transcurso del plazo anterior dedicado al escrito de las partes.

Podemos distinguir dos momentos procesales en los que pueden solicitarse las diligencias finales que aunque no se encuentre establecido en la Ley así viene entendiéndose en la doctrina. En un primer momento puede ser al final del acto del juicio, que tendrá lugar en la fase de conclusiones y de forma oral, o bien en un segundo momento de forma escrita, y dentro ya del período para dictar sentencia. Una vez solicitadas las diligencias finales, el juzgador decidirá sobre si las acuerda o no, en un plazo sobre el que la Ley no recoge previsión. Dependiendo del momento en el que la parte lo haya solicitado, ABEL LLUCH expone dos situaciones distintas, esto es, si lo hizo en el juicio de forma oral, caso en el que el juez podrá resolver de viva voz, o si las solicitó por escrito. En este segundo caso, propone un plazo de no más de

cinco días para que el juzgador comunique si acuerda o no las diligencias<sup>442</sup>. En nuestra opinión entendemos que aunque el juez resuelva oralmente en el juicio si va a acordarlas o no, deberá hacerlo a través de auto pues debe dar motivadamente las razones por las que las deniega o acuerda, a fin de poder la parte tener la oportunidad de recurrir el mismo. Si se solicitan dentro del plazo para dictar sentencia, se hará a través de escrito y el tribunal deberá acordar resolver por auto en el menor tiempo posible si acepta su práctica o no. Como la Ley no establece el plazo que tiene el órgano para dictar este auto, compartimos la propuesta de ABEL LLUCH, de que sea de cinco días puesto que es el mismo que tienen las partes para una vez practicada la diligencia final, elaboren el escrito en el que recojan las valoraciones. Así lo encontramos en el art. 436 LEC que establece que “una vez practicadas, las partes podrán dentro del quinto día, presentar escrito en el que resuman y valoren el resultado”. A falta de plazo establecido nos parece oportuno otorgar al órgano para decidir el acuerdo o no de diligencias finales, el mismo que a las partes se les concede para valorar el resultado.

En el caso de que el tribunal acordase su práctica lo comunicará a las partes y una vez hecho esto, empezarán a contarse los veinte días para la práctica de la diligencia acordada. Una vez que se realiza la diligencia final se concede a las partes cinco días para presentar sus escritos de valoración del resultado, tras los cuales comenzarán a contar los veinte días de nuevo para dictar la sentencia. En este caso, tras esos cinco días otorgados a las partes, el plazo comenzará a computarse automáticamente transcurrido el quinto día, es decir, no hay que comunicar que va a comenzar a contar el plazo ni que se han recibido sus escritos sino que estaremos al art. 133.1 LEC en su párrafo segundo. Por tanto, una vez que transcurren esos cinco días, ya sean los

---

<sup>442</sup> ABEL LLUCH, X., ob cit, pág 232 y ss.

otorgados a las partes para hacer el escrito de valoración, o sean los que tiene el órgano en este caso denegando la práctica de las diligencias, volverá a computarse el periodo de los veinte días para dictar sentencia.

Respecto al escrito de valoración de las partes, nos parece interesante comentar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Social, de fecha 15 de marzo de 2007, [La Ley 21921/2007]. En dicha resolución se recoge la súplica que una de las partes realiza con base en que tras la práctica de una diligencia final y dentro del plazo de cinco días, el Juzgador dictó sentencia sin esperar la llegada de dichos escritos. La parte recurrente alega indefensión al no poder presentar dicho escrito, a lo que la Sala considera que “son varios los requisitos para dar lugar a la nulidad: indefensión, ausencia de contradicción y colocar a una de las partes en inferioridad con relación a la otra”. Pues bien, continúa argumentando para desestimar el recurso que “la sentencia se dictó antes de haber cumplido el plazo para formular alegaciones, no ya solo de la parte recurrente, sino de la totalidad de las partes de este procedimiento. Ninguna de las cuales pudo formular o formuló alegación alguna. De manera tal que el defecto procesal incide de manera directa y equivalente a la parte actora y a las distintas partes codemandadas. Siendo así, no se ha dado en ninguna de ellas una situación de inferioridad con relación a las restantes. Por lo que en consecuencia, si consideramos que es la “ausencia de contradicción”, la “inferioridad de una parte con relación a la otra”, las determinantes para generar una posible nulidad de actuaciones, por falta de cumplimiento del requisito procesal previsto en el artículo 436 de la LEC, es obvio que dichas circunstancias no se dan en el presente caso”. Es cierto que la resolución, hecho o no el escrito de valoración hubiese permanecido inalterable como así señala la Sentencia, pero no por ello el Juzgador debe prescindir de una actuación procesal obligatoria señalada por Ley. Es más, es que considera que como en realidad no dejó a

ninguna parte la posibilidad de presentar el escrito, ninguna quedó en inferioridad entre sí, y es por esto por lo que considera que no debe decretarse nulidad de actuaciones. A nuestro juicio, casos como éste nos conducen al planteamiento de qué sentido tiene establecer por Ley unos presupuestos si en la práctica no van a cumplirse. Si las partes tienen el derecho de presentar escrito de valoración, el órgano no puede dictar sentencia antes de tiempo obviando dicho trámite, puesto que antes de dictar sentencia está prescindiendo de lo que las partes quieran valorar al respecto, y lo que no parece aceptable es que la Sala reconociendo que efectivamente la dictó sin esperar e incumpliendo por tanto lo que establece el art. 436 LEC, no estime el recurso ya que al no poder ninguna de las partes presentarlo al fin y al cabo se encontraban todas en la misma situación. Ciertamente que ninguna pudo presentar el escrito pero la prueba practicada, cierto es también, que su resultado no afectaba a todas de la misma manera, por lo que manifestamos nuestro desacuerdo por la actuación de los órganos en ambas resoluciones. Por el contrario, encontramos que la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 7ª, en Sentencia de 23 de marzo de 2006, [La Ley 99110/2006], a raíz del mismo motivo de dictar sentencia el órgano antes del plazo de cinco días para los escritos de valoración, considera que efectivamente el órgano actuó incorrectamente lo que conlleva una nulidad de actuaciones estimando por tanto el recurso de apelación planteado, devolviendo las mismas al momento anterior del dictado de la misma para que se puedan tener en cuenta en la sentencia las valoraciones de las partes. Lo argumenta exponiendo que “no nos encontramos ante la infracción de una mera formalidad procesal, sino ante una vulneración del derecho de defensa y a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 de la Constitución, pues se le ha privado de los medios de defensa que la ley pone a su alcance, concretamente de su derecho a hacer las valoraciones que estime pertinentes sobre la prueba practicada y que las mismas puedan ser tenidas en cuenta por el juez antes de dictar



sentencia. Lo previsto en el artículo 436 en relación con el artículo 434, no representa una mera cuestión de trámite sino una norma esencial del procedimiento; por consiguiente, la infracción de lo dispuesto en los mencionados artículos, de la que se deriva una evidente merma del derecho de defensa del recurrente, lleva aparejada la nulidad de actuaciones”. Esta es la actuación que consideramos correcta y que debería ser la norma generalizada de apreciación de la falta de posibilidad de presentar escrito de valoración, pues como señalábamos, con su ausencia el órgano está dictando sentencia sin escuchar a las partes y por tanto privándoles de su derecho de defensa frente a la prueba practicada. En cualquier caso lo que cabe destacar de ambas sentencias, es que lo deseable sería que el particular no se encontrase con una diferencia tan notable de actuación de los órganos frente a una misma situación, pues la igualdad ante la Ley queda quebrada.

Cabe destacar que el art. 436.2 LEC establece que “el plazo de veinte días para dictar sentencia volverá a computarse”, omitiendo al igual que ocurría como ya comentamos con el art. 342 de la LECA tras la reforma del año 1984, cuanto plazo volverá a computarse en el sentido de que puede plantearse la duda de si es que se refiere a que el plazo de veinte días volverá a contarse por entero, o si se refiere a que el plazo de veinte días para dictar sentencia volverá a computarse, pero el que reste. Y esto es importante porque al principio del art. 434 LEC encontramos que el término para dictar sentencia quedará en suspenso, no establece que se interrumpirá el plazo para dictarla, y en lenguaje jurídico ambos términos tienen significado diferente. Señala XIOL RÍOS que “el plazo de suspensión no ha supuesto la interrupción del plazo, que traería consigo que su cómputo continuaría en el punto al que hubiera llegado”<sup>443</sup>. La mayoría de la doctrina entiende que volverán a contarse los

---

<sup>443</sup> XIOL RÍOS, J.A., (coord.), *Enjuiciamiento Civil. Comentarios y Jurisprudencia*, Tomo II, Ed. Sepín, Madrid, 2008, pág. 2676.

veinte días por entero puesto que si no, se corre el riesgo de que al Juzgador le queden pocos días tras la práctica de la diligencia final, dando lugar a una redacción precipitada de la sentencia. Si bien, lo cierto es que como recoge la Enciclopedia Jurídica Básica cuando al aludir los términos jurídicos *suspensión* e *interrupción* en derecho procesal, los define de la siguiente manera:

“Para la interrupción, la reanudación debe suponer el curso del plazo pendiente que correrá de nuevo desde su iniciación; y para la suspensión, la prosecución del plazo primitivo, en la parte que aún no ha transcurrido”.

Tras esta definición es claro que cuando la Ley en el art. 434 expone que el plazo para dictar sentencia queda en suspenso, se refiere por tanto a la suspensión y no a la interrupción, por consiguiente si tuviera lugar la práctica de diligencias finales en dicho plazo, una vez practicadas éstas, el plazo para dictar sentencia debería ser el que restase, es decir, el que le quede al tribunal descontando los días que transcurrieron antes de que se solicitasen esas diligencias. Por tanto, no son los veinte días enteros, puesto que existiría contradicción entre el art. 434 y 436 de la LEC. El único caso en que no se daría esta contradicción sería que la parte presentase la solicitud de diligencias finales al día siguiente del día en que se celebró el juicio, pues le restarían al tribunal los veinte días enteros. Por tanto, existen dos posibles interpretaciones acerca de cuanto plazo tiene el juzgador para dictar la sentencia tras la práctica de una diligencia final; si atendemos al art. 434 LEC será el que reste puesto que habla de suspensión, y si atendemos al art. 436 LEC será de veinte días tal y como expone. En nuestra opinión el plazo es el que reste y debemos guiarnos por la suspensión señalada en el art. 434 LEC, puesto que los veinte días del art. 436 LEC entendemos que no son más que una obviedad, puesto que ya se sabe cual es ese plazo en el juicio ordinario al

señalarlo el art. 434 de la LEC en su comienzo. Además cabe señalar que el artículo 342 de la LECA en la redacción original decía “en el plazo que reste se pronunciará la sentencia”, matización que a día de hoy se ha omitido y que a nuestro parecer ha provocado que la doctrina interprete que deben contabilizarse los veinte días completos, cuando a nuestro juicio, deben contabilizarse para ello los que resten como así se recogía originariamente, y como así debe deducirse del término suspensión que es el que la Ley utiliza, si no queremos que exista una contradicción evidente de ambos preceptos. Lo cierto es que la mayor parte de autores entienden que el plazo será de veinte días enteros como señala GIMENO SENDRA<sup>444</sup> e igualmente DE LA OLIVA SANTOS al exponer que “transcurridos esos cinco días, vuelve a computarse el plazo de veinte días para dictar sentencia”, entendiendo el autor que de esta manera se corrige la suspensión establecida en el art. 434, “porque las partes pueden solicitar las diligencias el decimotavo día del plazo de veinte y han de acordarse si son procedentes, sin que por eso le resten al tribunal sólo dos días para dictar sentencia temporáneamente”<sup>445</sup>. Lo cierto es que este autor defiende el plazo de veinte días pero efectivamente, observa la contradicción que entendemos existe entre ambos artículos. También comparten esta opinión BANACLOCHE PALAO “y a partir de entonces se cuenta de nuevo el plazo de veinte días que tiene el tribunal para contar sentencia”<sup>446</sup>, SEOANE SPIEGELBERG expone que se contará con esos veinte días para dictar sentencia tras el escrito de valoración de las partes<sup>447</sup>, y VÁZQUEZ IRUZUBIETA que señala que “el plazo de veinte días comenzará a computarse nuevamente a partir del día siguiente que venza el plazo para presentar tales escritos”<sup>448</sup>.

---

<sup>444</sup> GIMENO SENDRA, V., ob. cit., pág. 516. Como señala el autor, ‘practicadas todas estas diligencias, o precluidos los plazos para su práctica, el Tribunal dictará sentencia en el plazo de veinte días a contar desde el cumplimiento del otorgado a las partes para presentar sus escritos’.

<sup>445</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A., ob. cit. *Comentarios...*, pág. 738.

<sup>446</sup> BANACLOCHE PALAO, J., ob. cit., pág. 200. Señala el autor que “después del juicio, no debería haber otra actuación que la sentencia, dictada con la mayor brevedad posible”.

<sup>447</sup> SEOANE SPIEGELBERG, J.L., ob. cit., pág. 43.

<sup>448</sup> VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., ob. cit., pág. 628.

Otro aspecto que se cuestiona en la doctrina es si se puede practicar más de una diligencia final, o solo puede practicarse una sola. Para CORTÉS DOMÍNGUEZ, lo que es claro es que “el plazo para dictar sentencia no podrá ser suspendido más de una vez, aunque nada diga la ley, pues así se evita la inseguridad y la incertidumbre jurídica que produciría un continuado devenir y una sucesiva producción de nuevos actos probatorios y conclusivos, lo que llevaría además a una insoportable dilación del proceso”<sup>449</sup>. Frente a esto, MUÑOZ SABATÉ señala que nada va a impedir que se practiquen sucesivas diligencias finales pues no es obligado que se realice una sola secuencia temporal, “particularmente si el resultado de la prueba conduce al hallazgo de nuevas fuentes o requiere una lógica complementación”<sup>450</sup>; en esta línea comparte NOYA FERREIRO la posibilidad de varias diligencias finales que en casos excepcionales “si la práctica de una actuación probatoria acordada como diligencia final, llevase al juzgador a la necesidad de adoptar una nueva actuación complementaria de la acordada en primer lugar, y precisamente para confirmar el resultado obtenido”<sup>451</sup>. El Tribunal Supremo, Sala Primera, en Sentencia de 8 de febrero de 2000 [La Ley 5652/2000]: señala respecto a las diligencias para mejor pero que entendemos aplicable en este caso igualmente para las diligencias finales que “no deben entenderse limitadas a un solo proveído, sino que se podrán acordar cuantas sean necesarias para alcanzar la eficacia buscada”. Puede ocurrir efectivamente que tras la práctica de una diligencia final, se obtenga del resultado nueva información que requiera otra prueba siempre cumpliendo los requisitos del art. 435 de la LEC, y solo se permitiría si fuesen sobre hechos nuevos o de nueva noticia dados a conocer a raíz de esa prueba. Esto es así porque si por ejemplo solicitamos el

---

<sup>449</sup> CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., ob. cit. pág. 342.

<sup>450</sup> MUÑOZ SABATÉ, LL., *Fundamento de prueba judicial civil en la LEC 1/2000*, Ed. Bosch, Barcelona, 2001, pág. 257.

<sup>451</sup> NOYA FERREIRO, M.L., ob. cit., pág. 165.

interrogatorio de un testigo, y éste dice que existe una carta comprometedora en manos de una tercera persona, nos encontraríamos que: en primer lugar, a instancia de parte solo podría solicitarse atendiendo al 435.1 apartado tercero, de conocimiento de una nueva noticia (que es la existencia de esa carta) de la que no teníamos constancia. Con base en el art. 435.1.2 LEC no podríamos porque no ha tenido lugar una prueba frustrada, ya que esa carta no se presentó como prueba inicialmente. Y a través del art. 435.2 LEC tampoco puesto que no supone repetir una prueba por la desaparición de unas causas impeditivas, luego el órgano no podría intervenir acordándola de oficio. En todo caso sí podría acordarla una vez que solicitada la presentación como prueba de la carta, esta no pudiese presentarse por unas causas que posteriormente desapareciesen, todo ello probablemente encuadrado en una hipótesis que pretende llevar al extremo esa situación de sucesión de varias diligencias finales.

En lo que respecta a la *forma* que debe adoptar la resolución por la que el órgano acuerda o no la práctica de diligencias finales debe ser la de un auto, lo que conlleva la obligación de motivar y fundamentar su decisión conforme a la Ley. Así expone en primer lugar el art. 435.1 de la LEC que “podrá el tribunal acordar mediante auto, como diligencia final ...”, y en segundo lugar para el caso de que el órgano haga uso de la iniciativa del punto número dos del artículo, la Ley fija que también se acordará por auto como así se indica: “en este caso, en el auto en que se acuerde la práctica de las diligencias habrá de expresarse detalladamente aquellas circunstancias y motivos”. El cambio a la forma de auto para la resolución es sin duda una grata mejora de la LEC en cuanto que, se ha modificado en comparación con las diligencias para mejor proveer que aún tras la reforma de 1984 venían acordándose mediante providencia. El avance que supone esta reforma es la superación de una de las críticas que la doctrina postulaba puesto que, al acordarse mediante providencia no tenían las partes posibilidad alguna de recurso como así fijaba

el art. 340 de la LECA 1881: “contra esta clase de providencia no se admitirá recurso alguno”, ni el órgano debía motivar las razones. La reforma del año 1984 tuvo muchos aciertos pero nada modificó de la forma que debía tomar la resolución del órgano, quedando ésta nuevamente establecida nuevamente mediante providencia, y por tanto las partes continuaron sin posibilidad de recurso alguno. Por esto, el cambio nos parece que es un acierto ya que recoge el sentir de la doctrina mayoritaria, que propugnaba la idoneidad del auto; pese a que ambas figuras sean distintas, la importancia del auto es que permite una posible intervención de las partes que consideramos fundamental en salvaguarda de sus derechos. Así GIMENO SENDRA considera que “el tratamiento dado a la clase de resolución que ha de adoptar las diligencias finales, así como su carácter recurrible, nos parece, en conclusión acertado”<sup>452</sup>. Además se adecua al art. 206 en el que se propone este tipo de resolución judicial, es decir el auto, para la admisión o inadmisión de las pruebas, al recoger que “se dictará auto cuando se decidan recursos contra providencias, cuando se resuelva sobre admisión o inadmisión de demanda, reconvención y acumulación de acciones, sobre presupuestos procesales, admisión o inadmisión de prueba...”. Podemos ver como en auto del Tribunal Constitucional de 12 de febrero de 2009 [RTC 2009\43], a raíz de un recurso planteado al entender la recurrente que la diligencia final no fue solicitada por la parte ni estaba dentro de los requisitos del art. 435.2 LEC, y que no fue acordada por auto, el Tribunal Constitucional expone “que dicha diligencia se trata de una ‘prueba sobre prueba’ para cerciorarse de unos extremos, y que la forma -auto o providencia- que estuvo motivada, no tiene importancia”. Es decir, pese a que la Ley establece expresamente la forma de auto, al estar la providencia motivada entiende que no se incumplió con el requisito de la forma, lo que viene a remarcar que la intencionalidad clara del legislador fue

---

<sup>452</sup> GIMENO SENDRA, V., ob. cit., pág. 512. Y le parece acertado porque de esta forma el juzgador “facilita la comprensión a las partes, en especial, a la que se considera perjudicada, redundando así, en beneficio del derecho de defensa y de la economía procesal”.

que si es el juzgador quien lo acuerda debe motivar expresamente las razones, puesto que si no estaría incurriendo en una causa evidente de posterior nulidad, y entendemos que absolutamente recurrible.

Debemos entender por tanto que al tratarse de un auto cabe recurso contra él y, aunque la Ley vuelve a omitir comentario al respecto, las partes pueden interponerlo. Para MARTÍN OSTOS como la Ley no dice nada sobre el tema debemos estar a lo que dispone la normativa general para su aplicación<sup>453</sup>. Para MONTERO AROCA por el contrario, no se trata de un auto recurrible porque además de que la Ley no dice nada, no se trata de un auto definitivo para poder apelarlo como establece el art. 455.1<sup>454</sup>. Venimos a compartir la opinión de NOYA FERREIRO que expone que si no se trata de un auto definitivo, será un auto no definitivo, y si estamos a las palabras del art. 451 encontramos que “serán recurribles todas las providencias y autos no definitivos”<sup>455</sup>, luego cabría recurso de reposición frente al auto que acuerde o inadmita las diligencias finales.

Cabe plantearse porqué la Ley matiza en este apartado segundo que el órgano debe detallar los motivos cuando por una parte la forma de auto así lo obliga, y en el apartado anterior cuando son solicitadas a instancia de parte no lo puntualiza. Señala GARBERÍ LLOBREGAT que “en cualquiera de las dos modalidades, deberán justificarse o fundamentarse las razones de la procedencia de las diligencias probatorias”<sup>456</sup>. Entendemos que la Ley al

---

<sup>453</sup> MARTÍN OSTOS, J.S., “Actividad probatoria judicial en el nuevo proceso civil”, *Exposición de la nueva ley de enjuiciamiento civil*, dirigida por GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, F., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2001, pág.

<sup>454</sup> MONTERO AROCA, J., *El nuevo proceso civil. Ley 1/2000*, Ed Tirant lo Blanch. Valencia, 2001, pág. 398.

<sup>455</sup> NOYA FERREIRO, M<sup>a</sup>.L., ob. cit. pág. 159.

<sup>456</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, J., Y BUITRÓN RAMÍREZ, G., ob. cit., pág. 280. Continúan señalando los autores que cuando la iniciativa haya correspondido a alguna de las partes, el mencionado auto se extenderá sobre si las diligencias pedidas encierran acomodo o no en alguno de los supuestos legales del art. 435. 1 y 2, y el porqué de dicho acomodo: mientras que si la iniciativa proviene del mismo órgano judicial, deberá éste extenderse sobre la concurrencia en el caso de los requisitos previstos en el art. 435.2.

tratarse de la repetición de una prueba frustrada, lo que quiere recalcar es que en el auto que justifique la iniciativa de oficio, deben expresarse y fundarse los motivos por los que cree que han desaparecido las circunstancias impeditivas que hicieron que la prueba arrojase resultado distinto al esperado, es decir, debe dejar claro cuales son los motivos en los que funda la certeza exigida. Además porque es evidente que la Ley, que no quiere dar mayor margen de actuación al Juzgador, con esta excepción del art. 435.2 creemos que de alguna manera siente la necesidad de que todo lo concerniente a esta potestad, debe quedar perfectamente justificado. Así MARTÍN OSTOS entiende que esta particular exigencia “insiste en la preocupación legal por el carácter excepcional del ejercicio de esta facultad judicial”<sup>457</sup>, que pese a que como señala RÍOS LÓPEZ, con estas diligencias finales “no existe sino un debilitamiento de su función”<sup>458</sup>, por pequeña que sea la intervención la LEC necesita justificarla. No obstante la Audiencia Provincial de Palencia en Sentencia citada con anterioridad considera que “es también evidente que si bien cuando se acuerda dicha práctica se requiere resolución expresa en forma de auto, esto es motivada, según exige el precepto, cuando no se acuerda cabe dictar resolución en tal sentido o, como sucedió en el presente caso, limitarse a dictar sentencia sin necesidad de expreso pronunciamiento sobre las diligencias propuestas, pues siendo facultad del juez si nada se dice sobre ellas es que tácitamente se desestima su práctica, sin que en este caso ninguna indefensión sea alegable por la parte que las propuso, pues estaría en idéntica situación al supuesto en que se denegase expresamente su práctica, situación que tampoco permitiría que prosperase la indefensión”<sup>459</sup>. De la sentencia podemos extraer que dicha Audiencia considera que si se acuerdan sí es necesario que sea por auto motivado, pero si no se van a acordar el órgano

---

<sup>457</sup> MARTÍN OSTOS, J.S., ob. cit., pág. 2192. Añade que “en cuanto a materia de recursos, nada específico se dispone, por lo que será de aplicación la normativa general”.

<sup>458</sup> ABEL LLUCH, X., PICÓ I JUNOY, J., ob. cit., pág. 135.

<sup>459</sup> SAP Palencia de 30 de diciembre de 2005, Sección 3ª, [La Ley 250739/2005]



puede ni pronunciarse al respecto pues tácitamente se entenderá desestimada. Debemos señalar nuestra disconformidad pues entendemos que el órgano debe mediante auto expresar las razones por las que acuerda o no acuerda una diligencia final, al no comprender qué motivo es el que hace que el juzgador no deba igualmente justificar el por qué de su rechazo a la práctica y comunicarlo a las partes. No nos parece adecuado que pueda disponer el órgano de una discrecionalidad tan acentuada porque la parte puede quedarse sin la práctica efectiva de una prueba, y ni siquiera el órgano tener que realizar una justificación para dicho rechazo. Situación en la que además no habría posibilidad alguna de recurso ya que no existiría el auto, lo que nos parece inadecuado pues deja a las partes sin posibilidad de defensa.

Sobre la recurribilidad del auto existen distintas posturas dependiendo de quién haya propuesto la práctica de la diligencia. Si se ha solicitado la diligencia final de oficio al tratarse de una potestad discrecional se considera que es irrecurrible, pero si por el contrario ha sido a instancia de parte la solicitud, entonces se entiende que sería recurrible a través de un recurso de reposición. Esta división a nuestro juicio no debe realizarse considerando que al tratarse de un auto no definitivo debe poder recurrirse en ambos casos, salvo que la Ley disponga expresamente otra cosa, pero no encontramos tal negativa en la Ley. Además entendemos que la recurribilidad o irrecurribilidad independientemente de la persona, e intentar encontrar una postura al respecto. En la jurisprudencia podemos observar que igualmente existen diversas formas de entenderlo; la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 4ª, en Sentencia de 18 de junio de 2004 [JUR 2004\243977], considera que “las diligencias finales son una facultad del Juzgador dentro de los límites del art. 435 LEC, y por eso el recurso de reposición interpuesto contra su acuerdo fue correctamente desestimado”, puesto que al ser discrecionales, no debe admitirse recurso. Por el contrario la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 7ª, en Sentencia de 23 de marzo de

2006 [La Ley 99110/2006] en primer lugar estima que frente a la desestimación por el tribunal de unas diligencias finales frente a la que se interpuso recurso de reposición siendo no resuelto ya que el órgano estimó que frente a la desestimación no cabía recurso, la Sala retrotrae las actuaciones para que resuelva dicho recurso correctamente interpuesto. En segundo lugar, frente a unas diligencias finales acordadas la Sala retrotrae las actuaciones hasta el momento de su práctica ya que no se le dio el debido traslado a las partes para realizar la valoración. Expone que “no es una mera infracción de una formalidad procesal sino una vulneración de su derecho de defensa, por lo que se produce indefensión”, provocando nulidad de actuaciones. Por tanto, a nuestro parecer como la LEC no ha hecho esa matización que bien podría haberla incorporado siguiendo al anterior cuerpo legal, habrá que entender que será recurrible proceda de quien proceda la solicitud o acuerdo de la diligencia final. Entendemos que si es el órgano juzgador quien acuerda la práctica de una diligencia final, las partes deben poder mostrar su desacuerdo mediante un recurso ya que lo que la LEC defiende es el protagonismo de las partes, por lo que entendemos que no puede el órgano hacer uso del art. 435.2 LEC sin dar la posibilidad a las partes de manifestar dicha disconformidad. Por tanto defendemos que debe prevalecer la posibilidad de recurso de reposición para todos los supuestos. Cuestión distinta es la cabida de la práctica de estas diligencias a través de recurso diferente en otras instancias, al entender las partes que con éstas se les ha producido un daño. El Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Social, en sentencia de 24 de junio de 2008 [La Ley 2484/2008] estima que “la denegación de la práctica de una diligencia final no puede dar lugar a recurso de casación basado en indefensión, ya que su acuerdo es potestativo del Juez, y su inadmisión no implica denegación de prueba”, por lo que entiende que no puede vulnerarse el derecho de defensa con estas diligencias. La Audiencia Provincial de Madrid, Sección 20ª, de 9 de junio de 2008 [La Ley 90306/2008] compartiendo la misma postura estima que la

práctica de diligencias finales es una potestad del juez, “por lo que si no se acuerdan no se infringe con esto ninguna norma procesal”. Y el Tribunal Supremo, en Sentencia de 6 de octubre de 2009 [JUR 2009\443966] concreta que “se inadmite el recurso de casación interpuesto como consecuencia del acuerdo de unas diligencias finales ya que al tener éstas naturaleza procesal, debe ser en todo caso a través del recurso extraordinario por infracción procesal, el medio utilizado”. Por lo que no descarta la posibilidad de recurso pero que sea presentado por ‘infracción procesal’ y no en casación<sup>460</sup>. Siempre encontraremos la posibilidad de recurso para los casos en los que se haya causado a la parte indefensión, como la negativa a hacerle partícipe en la intervención o permitir que haga las valoraciones oportunas mediante el escrito establecido por la Ley, o como señalábamos anteriormente para el caso de que el órgano obvie la motivación del auto.

Para finalizar nos parece interesante añadir la Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala 2ª, de 2 de junio de 2003, [La Ley 12310/2003], en la que se recoge el derecho a utilizar los medios pertinentes de prueba para la defensa. En esta sentencia, el Tribunal considera que “tal derecho es inseparable del derecho mismo de defensa y exige que las pruebas pertinentemente propuestas en tiempo y forma sean admitidas y practicadas sin obstáculos”. Para que consideramos efectivamente vulnerado este derecho se fijan unos requisitos como: a) que se haya solicitado en la forma y el momento legalmente establecido, b) que la prueba propuesta sea objetivamente idónea para la fijación de hechos relevantes, y c) que la misma sea decisiva en términos de defensa, es decir, que tenga relevancia o virtualidad exculpatória, lo que ha de ser justificado por el recurrente. Y

---

<sup>460</sup> En la misma opinión el Tribunal Supremo, Sala Primera, en Sentencia de 31 de octubre de 2006, [JUR 2006\256013], establece que no prospera el recurso de casación interpuesto en relación con aspectos del art. 435 LEC sobre las diligencias finales, “ya que incurre en causa de inadmisión del art. 483.2.1ª, por interposición defectuosa al tratar cuestiones que no pertenecen al ámbito de la casación”, volviendo a considerar que sea a través del recurso por infracción procesal en todo caso.

expresa la Sentencia “ si la proposición de prueba reúne los anteriores requisitos resulta vulnerado el derecho fundamental, tanto cuando no hay respuesta alguna a la solicitud, como cuando la misma se rechaza sin motivación o la que se ofrezca pueda tacharse de manifiestamente arbitraria o irrazonable”. La importancia que nos suscita es porque cuando una parte propone prueba y ésta se acuerda, se entiende que es pertinente y útil pues así lo entiende el tribunal. Si pasado el acto del juicio esta prueba no puede practicarse, o se trata de prueba sobre un hecho nuevo o nueva noticia, y la parte lo solicita como diligencia final, entendemos que el órgano al denegarla debe justificar el por qué de esa actuación, ya que se trataba de una prueba que inicialmente sí le interesaba practicar. Si la rechazase sin justificación alguna, con base en esta Sentencia debemos entender que se vulnera el derecho a utilizar los medios pertinentes por la parte, con lo que esto conlleva. De ahí que queramos señalar la importancia que tiene la denegación de diligencias finales que reúnen los requisitos, y además con la posibilidad de que se rechace sin posibilidad de recurso alguno, ya que puede hacerse sin necesidad de dictar un auto tal y como señala parte de la doctrina.

#### **4.6 Procedimiento para solicitar una diligencia final**

Lo primero que debemos plantearnos es donde y cuando pueden solicitarse las diligencias finales. Respecto a los procedimientos en los que la Ley permite su solicitud o acuerdo, la Ley solo va a permitir que se realicen en el juicio ordinario puesto que su regulación se encuentra dentro de los artículos establecidos para esta clase de procedimiento, descartando por tanto la idea de que puedan admitirse en el juicio verbal. De todas formas, existen opiniones doctrinales en contra y defendiendo su inclusión en éste basándose en determinadas razones, cuestión que veremos posteriormente de forma más ampliada.

El momento procesal para poder solicitarlas es en primer lugar, en la parte final del acto del juicio pues como vimos con anterioridad las diligencias finales pueden ser solicitadas a su término de forma oral. Y en segundo lugar, pueden solicitarse una vez abierto el plazo para dictar sentencia, siendo esta vez de forma escrita. Las partes pueden solicitarlas y el órgano las acordará siempre que cumplan con los requisitos que el art. 435.1 LEC impone, que son: que se trate de pruebas propuestas y admitidas por el órgano juzgador que por causas ajenas a las partes no pudieron realizarse, o que versen sobre hechos nuevos o de nueva noticia. También se admite que las partes soliciten o el órgano sea quien lo haga de oficio, la repetición de aquellas pruebas tal y como recoge el punto segundo del art. 435, que durante el juicio se practicaron pero que no dieron el resultado esperado debido a la existencia de unas causas impeditivas, y que ahora se conoce que han desaparecido. Por el contrario no se admiten como diligencias finales ni las pruebas no propuestas, ni las propuestas pero no admitidas, ni las que se pudieron proponer tras la sugerencia del tribunal atendiendo al art. 429.1.II. La Ley delimita los casos en los que puede solicitarse una diligencia final mediante una lista tasada donde se recogen específicamente los supuestos que nos permiten intentar su práctica. En caso de que el órgano haga uso de la facultad de acordarlas de oficio que le posibilita el punto segundo del artículo, lo hará siempre por escrito en forma de auto. En este auto, además de recoger las razones por las que la acuerda deberá exponer las bases que le hacen creer que existe la certeza de que las causas impeditivas han desaparecido, y que la repetición de la prueba arrojará un resultado satisfactorio esta segunda vez.

Una vez solicitadas las diligencias finales por la parte, el órgano tendrá la potestad totalmente discrecional de decidir acordarlas o no según su parecer, debiendo comunicárselo a las partes mediante escrito en forma de

auto para los dos casos como venimos a entender. Señala la Audiencia Provincial de Madrid en Sentencia de 9 de junio de 2008 [La Ley 90306/2008], “la práctica de diligencias finales es potestativa y no obligatoria para el Juez a quien se solicita, por lo que ninguna norma procesal se infringe si al cabo no se acuerda”. Si las diligencia finales se solicitan, el plazo para dictar sentencia queda en suspenso hasta la práctica de las mismas si se acordasen, o hasta que el órgano deniegue la misma. La doctrina estima que el plazo que tiene el juzgador para tomar la decisión sobre la solicitud y redactar el auto es de cinco días, y dicho auto nos parece recurrible mediante recurso de reposición para ambos casos. Si el órgano tras el recurso sigue considerando la improcedencia del acuerdo de la diligencia final, volverá a computarse el plazo de veinte días una vez resuelto el recurso sin hacer falta esperar a la notificación a las partes.

Para el caso de que el juzgador acuerde la práctica de la diligencia final, se comunica por auto a las partes tras la cual comienza a contar el plazo de veinte días que tiene el órgano para practicar la prueba solicitada, pues es el tiempo otorgado por la Ley. En la práctica de las diligencias las partes deben estar presentes, salvo que se trate de un exhorto u otro tipo de prueba que no requiera dicha presencia, pero sí serán posteriormente informadas del resultado. En el supuesto de que la diligencia final consistiese en un reconocimiento judicial que se llevase a cabo fuera de la sede del Juzgado, se entiende que las partes sí estarán presentes acompañando al juez en el desarrollo del mismo. Tras la práctica de la misma, las partes tendrán cinco días para por escrito presentar la valoración de la prueba que se ha practicado. Transcurridos los cinco días comenzará a computarse íntegramente el plazo de veinte días que dispone el Juzgador para elaborar la sentencia, sin necesidad de comunicación expresa a las partes de que va a empezar a contarse. Aquí puntualizar de nuevo, que entendemos que no serán los veinte

días sino solo los que resten, a tenor de la literalidad del art. 434 LEC, pese a que en la práctica se computen los veinte días.

Para el supuesto recogido en el punto número dos del art. 435, si fuese la parte quien solicitase la repetición de la prueba frustrada por determinadas causas, deberá demostrar y hacer ver al órgano que dichos impedimentos han desaparecido y que por tanto ahora la práctica de dicha prueba arrojará el resultado esperado. Entonces el juzgador decidirá sobre si acuerda su práctica o no; si no fue admitida la parte puede interponer recurso de reposición, y una vez resuelto, seguiría el mismo procedimiento visto anteriormente. Si fuese el juzgador quien a través de este apartado segundo llevase a cabo de oficio el acuerdo de la práctica de la diligencia final, que no será más que la repetición de una prueba frustrada, expondrá mediante un auto las razones que le llevan a acordarla, y los motivos que le hacen tener la certeza de que con dicha repetición, se obtendrá un resultado positivo. Recordemos que la Ley le exige esa convicción como requisito para poder acordarla. La diferencia aquí es que el auto por el que se acuerde por el juez la diligencia final, parece entender la doctrina que es irrecurrible, y por tanto no cabe recurso de reposición como en los supuestos anteriores. Piensan que se trata de una facultad totalmente discrecional del órgano, y que las partes no tienen porqué mostrar su disconformidad. Una vez acordada por el juzgador, se abriría el plazo de veinte días para su práctica, tras los cuales las partes tendría cinco días para elaborar el escrito sobre el resultado, y comenzaría de nuevo el plazo de veinte días para dictar sentencia.

Si en los supuestos de solicitud a instancia de parte, consideráramos que el auto era recurrible independientemente de que a través de él denegase o aceptase el órgano acordarlas, igualmente debe serlo con la actuación de oficio. Puede ocurrir que el órgano la acuerde, y la parte a través del recurso

de reposición le exponga las razones por las que no cree conveniente que se lleve a cabo, pudiendo hacer que el órgano quizá rectifique y decida no acordarlas al hacerle ver la parte otros puntos de vista.. No encontramos sentido a la irrecurribilidad puesto que las diligencias para mejor proveer que eran de uso exclusivo del juzgador, tuvieron la crítica de que las partes no podían recurrirlas, luego cómo puede ser que ahora la diligencia final justamente acordada por el juzgador de oficio, único resquicio salvando las diferencias de las antiguas diligencias, sea precisamente la que se entiende como no recurrible. Si se admite la recurribilidad del auto en unos supuestos, debe admitirse en todos los que recoge el artículo 435 por los que pueden solicitarse las diligencias finales. De no ser así, la Ley lo hubiese puntualizado como lo hacía la anterior legislación de 1881 dejando claro que la providencia era irrecurrible.

#### **4.7 Efectos del acuerdo de una diligencia final**

Los efectos inmediatos de acordar diligencias finales en un procedimiento, es que el plazo para dictar sentencia queda en suspenso hasta que se resuelva definitivamente sobre la cuestión. Así lo establece el art. 434.2 decretando que “si, dentro del plazo para dictar sentencia y conforme a lo prevenido en los artículos siguientes, se acordasen diligencias finales, quedará en suspenso el plazo para dictar aquélla”. El plazo por tanto de veinte días para dictar resolución por parte del Juzgador respecto al objeto del proceso queda detenido, y no volverá a computarse hasta que se practique la prueba o pruebas solicitadas mediante diligencia final si se acuerdan, y tras las partes haber presentado los escritos de valoración del resultado de la misma. Una vez realizada la diligencia final y transcurridos los cinco días para presentar los escritos de valoración por las partes, sin necesidad que medie notificación alguna, volverán a computarse los veinte días para dictar



sentencia. El art. 436.2 regula el cómputo del plazo para dictar sentencia tras la práctica de diligencias finales al decir que: “el plazo de veinte días para dictar sentencia volverá a computarse cuando transcurra el otorgado a las partes para presentar el escrito al que se refiere el apartado anterior”.

Otra consecuencia del acuerdo de estas diligencias es que prolongan el tiempo de resolución del litigio del orden de dos meses, pero gracias al establecimiento del plazo de veinte días para su práctica su ejecución no queda suspendida en el tiempo, a diferencia de las diligencias de la legislación anterior por lo que la LEC establece otra mejora importante. Y por último, evidentemente la práctica de diligencias finales puede hacer que se despejen situaciones que hagan surgir en el Juzgador otros posibles puntos de vista del caso planteado, y por tanto puede darse un cambio en el planteamiento de la resolución final.

#### **4.8 Las diligencias finales en segunda instancia**

La cuestión acerca de si estas diligencias tienen cabida o no la tienen en la segunda instancia, tal y como viene recogiendo en la doctrina e incluso en la jurisprudencia, entendemos que merece un análisis detallado puesto que pueden surgir dos planteamientos a raíz de la misma. Señala GIMENO SENDRA, que el artículo 435 establece un presupuesto procesal para poder acudir al recurso de apelación como así se desprende en los apartados 2º y 3º del art. 460.2 de la LEC, haciendo que el apelante deba justificar que la prueba que interesa en segunda instancia ya fue solicitada como diligencia final, y tampoco pudo realizarse<sup>461</sup>. Es decir, tendría la carga procesal de demostrar que ya la pidió, como requisito previo para poder solicitarla de nuevo en segunda instancia. Para el sector que se inclina a favor, como expone MARTÍN

---

<sup>461</sup> GIMENO SENDRA, V., ob cit, pág. 512.

OSTOS si el tribunal de primera instancia tenía motivos para practicarla y no se pudo materializar, el tribunal de segunda instancia también podrá tener los mismos motivos para admitirla, y por consiguiente practicarla, por lo que entienden que deben tener cabida también en esta instancia<sup>462</sup>. Para VÁZQUEZ SOTELO “una interpretación sistemática conduce a responder que las diligencias finales solo podrán ser acordadas por los Jueces de Instancia, y solo en el juicio ordinario, pero una interpretación finalista conduce a sostener que también las Salas de Justicia, en los recursos de apelación, podrán hacer uso de tal iniciativa probatoria”<sup>463</sup>. Por el contrario, señala NOYA FERREIRO que “la ubicación de la regulación en el juicio ordinario y la ausencia de referencia alguna en sede de recursos lleva a mantener que tales diligencias no pueden ser adoptadas en segunda instancia<sup>464</sup>. Dentro de la jurisprudencia podemos encontrar como el Tribunal Supremo, Sección 1ª, en Sentencia de 16 de mayo de 2007 [CENDOJ 28079110012007100587], señala que “practicándose las diligencias finales que prevé el art. 434 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y que no se contemplan en la sentencia de segunda instancia pero que tampoco están prohibidas y que prevalece el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 C.E, frente a una imprevisión de la Ley...”, entendiendo que pueden llevarse a cabo. Al igual que en Sentencia de 12 de noviembre de 2008 [RJ 2008\7128], el Alto Tribunal señala que al no estar expresamente prohibidas ni por el art. 447 para el juicio verbal, ni por el art. 465 para el trámite de apelación, debe entenderse permitidas para ambos casos.

A nuestro juicio hay una cuestión principal, y es ¿a qué nos referimos al plantear la admisión de diligencias finales en segunda instancia, o no hacerlo? Ya que, por un lado se puede hablar de que se practiquen las diligencias

---

<sup>462</sup> Martín Ostos, J.S., “Actividad probatoria judicial en el nuevo proceso civil”, *Exposición de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, dirig. GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, ob. cit., pág. 275.

<sup>463</sup> VÁZQUEZ SOTELO, J.L., ob. cit. pág.560.

<sup>464</sup> NOYA FERREIRO, Mª.L., ob. cit. pág. 159.

finales que se acordaron en la primera instancia pero que no se llevaron a cabo, o podemos referirnos a incluir diligencias finales dentro de la segunda instancia, que vienen a recoger dos situaciones distintas. Luego, saber cual es la pregunta exacta a la que estamos dando respuesta es fundamental, porque no es lo mismo estar a favor de que las diligencias finales de la primera instancia se practiquen a través del recurso de apelación, que defender que puedan solicitarse diligencias finales en el ámbito de la segunda instancia. Entendemos que con las diligencias para mejor proveer, ocurría que al tratarse de pruebas acordadas de oficio por el juzgador se consideraba que efectivamente tanto en primera instancia como en segunda, el órgano podía albergar dudas y por eso estaban planteadas para todas las instancias, sin entrar en más detalles al ser una cosa en exclusiva del juzgador. Pero con la LEC como hemos visto, la situación ha cambiado y ahora son las partes las protagonistas, habiéndose transformado por completo la concepción de esta nueva figura, por lo que no puede tenerse la misma mentalidad para unas que para otras de forma que puedan admitirse en todos los ámbitos sin un estudio más amplio.

Respecto al primer planteamiento acerca de si pueden acordarse las pruebas que como diligencias finales se solicitaron o se acordaron en primera instancia, debemos a su vez distinguir dos casos. Si se solicita una diligencia final a instancia de parte con base en alguno de los requisitos del art. 435 de la LEC, puede ocurrir que o bien el órgano la admita, o bien el órgano la rechace. En el supuesto de que se admitan en principio se realizará su práctica, decimos en principio puesto que el hecho de que no se practiquen es lo que desencadena que se puedan solicitar de nuevo a través del recurso de apelación, por lo que si se practican no hay mayor problema. Si por razones no imputables a la parte proponente la prueba queda sin realizarse, la parte podrá basándose en el art. 460. 2. 2º solicitar que se practique mediante la

interposición del recurso de apelación. Pero esta prueba, realmente no es una diligencia final en este momento, es una prueba que no ha podido llevarse a efecto, luego no es que se incluyan diligencias finales en segunda instancia, sino que puede solicitarse que se practiquen por la Audiencia aquellas pruebas que se admitieron en primera instancia, pero que o bien no se pudieron practicar o no arrojaron el resultado esperado, o versaban sobre hechos nuevos o nueva noticia y se pidieron como diligencia final, pero tampoco pudieron practicarse como tales, y entonces la parte vuelve a solicitarlo teniendo como requisito que efectivamente ya lo hubiese intentando como diligencia final. Esto por tanto no plantea dudas ni cuestiones acerca de si cabe incluir las diligencias finales para esta instancia, puesto que el art. 460.2.2º admite que efectivamente se puedan solicitar las que no pudieron practicarse ni como diligencia final en primera instancia, recogiendo por consiguiente dicho artículo todas las pruebas que deriven de los presupuestos del art. 435, sin mayores discusiones.

Cuestión diferente es que, habiendo la parte solicitado una prueba como diligencia final el órgano de primera instancia la rechace, pues podría existir un problema, dependiendo del momento en que se soliciten y la manera en la que se lleve a cabo esa denegación. Si la parte instase la diligencia final de forma ora al final del acto del juicio, tras el rechazo del juzgador formularía protesta, y ésta le valdría para poder mediante el recurso de apelación solicitarla a la Audiencia acogiéndose al art. 460.2.1º LEC, pues la entendería como indebidamente denegada y cumpliría el requisito de haber formulado la debida protesta. ¿Pero qué ocurre si la parte la solicita por escrito? Tal y como defendía parte de la doctrina el órgano no necesita contestar mediante auto si va a rechazarla, lo que tiene como consecuencia que la parte al no poder interponer recurso de reposición frente a esa inadmisión, se quede sin poder instar a través del recurso de apelación que se practique la misma. Esto es así

porque el art. 460.2.1 exige que se haya interpuesto dicho recurso para poder admitirse en segunda instancia dicha prueba, lo que viene a resaltar la importancia que a nuestro juicio tiene, la necesidad de que solicitada una diligencia final el juzgador deba mediante auto mostrar su decisión.

En segundo lugar vamos a abordar la cuestión de si realmente cabe la práctica de diligencias finales en la segunda instancia, es decir, si pueden solicitarse a raíz de las posibles pruebas practicadas en este momento, o como apunta MARTÍN OSTOS “¿caben diligencias finales en el plazo previsto para dictar la resolución definitiva?”<sup>465</sup>. Si vamos a plantear si pueden solicitarse en esta instancia una vez abierto el plazo para dictar sentencia, debemos atender a la regulación que a día de hoy existe en la LEC, es decir, al art. 435 en relación con el art. 460 y ss.

La parte con base en el art. 460.2.1º solicita las indebidamente denegadas en primera instancia que al no haber sido admitidas, no pudo pedir como diligencia final, o habiéndola solicitado como tal el órgano la hubiese rechazado mediante un auto que recurrió en reposición. Si la Audiencia la estima como pertinente, dicha prueba se practicará. Si dicha prueba no se practicara, la parte podría solicitar como diligencia final que no habiendo incurrido en causas imputables a ella, la prueba ha quedado sin practicarse y por consiguiente la solicita basándose en el apartado número dos del punto primero del art. 435 LEC, puesto que ahora se trataría de una prueba sí admitida por la Audiencia.

Otro caso es que la parte puede solicitar aquellas que no se pudieron practicar ni como diligencia final, habiendo sido acordadas claro está previamente en la primera instancia como tales. Para este caso, la Audiencia

---

<sup>465</sup> MARTÍN OSTOS, J.S., ob. cit., pág.276.

la practicaré, y solo si dicha práctica hubiese quedado frustrada de nuevo, o hubiese vuelto a arrojar un resultado no esperado, la parte podría como diligencia final solicitar que se practique, o que se repita, atendiendo al art. 435.1 en su apartado segundo, y al punto segundo. Se incluye aquella prueba que versaba sobre hechos nuevos o de nueva noticia del art. 435.1.3º, ya que en este momento se trataría de una prueba más, que o quedaría frustrada o arrojaría un resultado incompleto, pudiendo solicitarse en esta segunda instancia con base al art. 435.1.2º ó 435.2 de la LEC.

Respecto a los hechos nuevos o de nueva noticia, el apartado tercero del art. 460.2 de la LEC recoge que se pueden solicitar pruebas sobre aquellos que tuvieron lugar en el plazo para dictar sentencia en primera instancia, o antes siempre que justifique su conocimiento posterior. Como apunta MONTERO AROCA el artículo “alude sólo a la prueba en el recurso, pero si los hechos son nuevos o de nueva noticia es obvio que primero tiene que admitirse su alegación y luego proponer prueba sobre los mismos”<sup>466</sup>. Igualmente una vez acordada dicha prueba, nos encontraríamos con las situaciones anteriores que la parte podría solicitar diligencia final con base en el art. 435.1.2º o 435.2 LEC, si finalmente la misma no se practicase o se obtuviera un resultado no satisfactorio. Lo mismo para el punto número tres del art. 460 respecto a la prueba solicitada por el demandado declarado en rebeldía, una vez admitidas sus pruebas.

Por tanto, las diligencias finales en el caso de ser admitidas en segunda instancia recogerían los mismos presupuestos, excepto uno, y es que el apartado tercero del art. 435.1 LEC quedaría sin posibilidad de solicitud, ya que la remisión que hace es al art. 286 sobre hechos que se producen antes de

---

<sup>466</sup> MONTERO AROCA, J., “El recurso de apelación”, en *Exposición de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, dirigida por GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, ob. cit., pág. 298.

dictar sentencia en primera instancia, luego no tiene aplicación, y para los hechos conocidos en ese periodo de elaboración de la misma, la Ley lo recoge en el art. 460.2.3º. Por tanto este apartado en el planteamiento sobre diligencias finales en segunda instancia, se referiría a hechos o noticias ocurridos o conocidos en el transcurso de dicho periodo de segunda instancia, cuestión no permitida ya que no pueden introducirse hechos en este momento, quedando dicho apartado fuera de aplicación posible.

Y por último, el caso del punto segundo del art. 435 LEC permitiría la actuación de oficio, pudiendo acordar el tribunal la repetición de alguna prueba que habiendo sido practicada en segunda instancia no obtuvo un resultado satisfactorio por causas impeditivas, que como comentábamos con anterioridad tendría que motivar que a su juicio han desaparecido, y que con certeza esta segunda práctica será positiva.

Solo quedaría por tanto atender al art. 465 de la LEC en el que se establecen los plazos para la sentencia de apelación. Expone el artículo que en el caso de que se celebre vista, la sentencia se dictará en los diez días siguientes, dentro de los cuales por tanto tendrían que solicitarse a instancia de parte las diligencias finales o acordarse por el órgano si hiciese uso del punto número dos del art. 435 LEC. En el caso de ser acordadas se interrumpiría el plazo de diez días, se seguirían los trámites previstos para la primera instancia, y tras el escrito de valoración volverían a computarse los diez días. Para el supuesto de que no se celebre vista, el art. 465 LEC señala que la sentencia se dictará dentro del mes siguiente a la admisión del recurso de apelación, periodo dentro del cual el órgano podría acordar la diligencia final que le permite el art. 435.2 LEC. Para las partes, una vez comunicada la práctica de la prueba que solicitaron en el recurso si no fue necesaria la vista, dispondrán del tiempo que reste para solicitar las diligencias finales. Si fuesen

acordadas a raíz de la solicitud de las partes o porque el juzgador haga uso de la iniciativa probatoria de oficio, el plazo para dictar el fallo quedaría interrumpido, y una vez practicadas dichas diligencias siguiendo nuevamente los mismos trámites establecidos para la primera instancia, se computaría de nuevo el plazo de un mes para dictar la sentencia definitiva.

En principio entendemos que no habría problema en que estas diligencias finales tuvieran lugar en la segunda instancia, eso sí llevando a cabo una modificación del texto actual para regular las matizaciones propias de esta instancia, como el hecho de que el apartado tercero del art. 435.1 LEC no tendría aplicación, y regulando asimismo en el art. 465 LEC dedicado a la sentencia de apelación, los plazos, la forma y los distintos aspectos específicos de las mismas. Por consiguiente, en la actualidad a nuestro juicio no pueden acordarse diligencias finales en segunda instancia, pues la Ley no las recoge para este momento. Consideramos preferible que sea la Ley la que establezca las previsiones de cara a la actuación y al uso de las diligencias finales, que el hecho de admitirlas en determinadas situaciones solo porque no están prohibidas expresamente por la misma. Pensamos que lo que se genera de esta forma es una inseguridad jurídica hacia el justiciable, que puede ver cómo se actúa de manera distinta frente a mismos casos, y por otro lado, porque no nos parece acertado tomar lo ya redactada para otro momento procesal, que como hemos visto podría plantear dudas.

#### **4.9 Las diligencias para mejor proveer y las diligencias finales. Comparativa entre ambas instituciones**

La primera diferencia que podemos encontrarnos al analizar las diligencias para mejor proveer y las diligencias finales es su ubicación dentro de los dos cuerpos legales, que deja entrever futuras distinciones de fondo.



Las diligencias para mejor proveer de la LECA, se situaban dentro de la sección tercera, dedicada a las votaciones y fallos en los pleitos recogida en el Título VII sobre “Del despacho, vista, votación y fallo de los asuntos judiciales” del Libro I denominado “Disposiciones comunes a la jurisdicción contenciosa y la voluntaria”. La reforma del año 1984 no modificó su emplazamiento dejándolas situadas dentro del mismo apartado. Únicamente de esta situación dentro de la Ley se puede deducir por un lado, que el momento procesal en el que se acordaban las diligencias para mejor proveer era el dedicado a la votación y fallo, es decir, dentro del plazo para dictar sentencia, y por otro lado que eran de aplicación a todo tipo de procesos y en todas las instancias. Las diligencias finales se recogen en el Capítulo IV denominado “De la sentencia”, del Título II llamado “Del juicio ordinario”, dentro del Libro II que trata “De los procesos declarativos”, y concretamente la regulación referente al juicio ordinario. Con solo observar las dos ubicaciones podemos percibir cambios importantes de la LEC respecto de la LECA, ya que las diligencias finales no aparecen recogidas dentro de las disposiciones de carácter general, sino que observamos cómo se han situado dentro de un tipo de proceso concreto, como es el ordinario. El momento procesal en el que se permite su acuerdo es el mismo para ambas, esto es dentro del plazo para dictar sentencia una vez que se ha terminado el juicio.

Un primer rasgo en común que tienen las diligencias finales y las diligencias para mejor proveer, es que ambas son diligencias de prueba como así lo expresa el art. 435.1 en la LEC al expresar que se podrán acordar “como diligencias finales, la práctica de actuaciones de prueba”, e igualmente en la LECA el art. 340 exponía que podían acordarse como diligencias para mejor proveer toda una serie de medios de prueba mediante un sistema de lista cerrada. Son diligencias de prueba pero las dos se configuran como pruebas complementarias a las aportadas por las partes de manera inicial, pues así la

jurisprudencia ha venido estableciendo y recordando en numerosas ocasiones al establecer que, “el juzgador debe evitar la tentación de convertirse en parte, y que a través de tal actuación procesal se dedique a investigar la *realidad* procesal -sea subjetiva, u objetiva- supliendo la inactividad, pasividad, negligencia, descuido, error o impericia de las partes -de una o de ambas-, pues en tal caso se incurriría en un ejercicio abusivo de un medio procesal que aparte de instrumento para atender a situaciones puntuales (cuando por causas ajenas a la parte que la hubiese propuesto no se hubiera practicado alguna de las pruebas admitidas; hechos nuevos o de nueva noticia susceptibles de ser contemplados en el proceso; plenitud de cercioramiento acerca del derecho extranjero; etc.), responde esencialmente a una finalidad complementaria”<sup>467</sup>.

Cabe matizar que ese carácter complementario entendemos que las diligencias para mejor proveer sí lo poseían al ser pruebas que acordaba el juzgador, y eran distintas de las presentadas por las partes. Por tanto, aun estando sujeto al material deducido de autos el órgano podía mediante estas diligencias, practicar otras pruebas que las partes no hubiesen solicitado. De esta manera lo practicado por el juzgador complementa lo practicado a instancia de las partes. Pero de las diligencias finales no se deduce esa complementariedad tan evidente de las diligencias para mejor proveer, sino que por lo general vienen a ser o una primera práctica de prueba, o una mera repetición de pruebas ya solicitadas con anterioridad. Luego más que complementar, lo que hacen es llevar a cabo algo que no pudo realizarse o su práctica no dio el resultado esperado. Y a través del art. 435.2 el juzgador no acuerda una prueba distinta de las solicitadas por las partes, sino que se limita a la repetición de alguna de ellas,

---

<sup>467</sup> En la misma línea tenemos las STS 8 febrero 2000, [RJ-2000-1235] y STS de 8 de octubre de 1990 [La Ley 22183-JF/0000] en las que podemos encontrar que “los jueces y tribunales no deben abusar de su facultad inquisitiva, ni suplir con ella la inactividad de alguna de las partes, para que no conculque el principio de rogación en que el proceso civil descansa” o “la facultad no puede ser utilizada en perjuicio de una de las partes desequilibrando la contienda y vulnerando el principio llamado de igualdad de armas en el proceso”

luego estrictamente no viene a complementar lo anterior. En todo caso en las diligencias finales se *completa* (material que no se pudo practicar o no obtuvo el resultado esperado), y en las diligencias para mejor proveer se *complementa* (con material que se trae en ese momento al proceso). Para el único caso en que valdría decir que las diligencias finales complementarían sería para el apartado tercero del art. 435.1 al tratar de hechos nuevos o de nueva noticia, puesto que al incorporarse al proceso no ha existido práctica de prueba sobre ese hecho o esa noticia todavía, y por tanto lo practicado en este momento sí complementaría al material probatorio ejecutado. Comparten eso sí la prohibición absoluta de servir de medio para que puedan introducirse en el proceso hechos por el juzgador, pues se vulneraría el principio dispositivo, y por tanto la esencia misma de nuestro proceso civil. En la jurisprudencia podemos encontrar cómo erróneamente se traslada la función que las diligencias para mejor proveer tenían a las nuevas diligencias finales, no siendo como venimos exponiendo la misma, y así el Tribunal Superior de Andalucía, Sala de lo Social, Sección 2ª, en Sentencia de 4 de febrero de 2003 [JUR 2003\84310] expone que “acordar o no diligencias finales está en manos exclusivamente del juzgador, ya que son actos del mismo encaminados a formar su propia convicción sobre el asunto, quedando al margen el impulso procesal de parte y el principio dispositivo. Por esto, no se consideran formalidades esenciales del juicio, quedando limitadas las partes a intervenir en la práctica y a valorar el resultado”. Resulta curioso ya que se refiere a las diligencias como ‘finales’, pero parece que en contenido está haciendo alusión a las anteriores ‘para mejor proveer’, cuando además tratándose de la Sala Social y sabiendo que la LPL mantiene las diligencias para mejor proveer, no tiene mucho sentido.

Ambas instituciones comparten su carácter discrecional en cuanto a que es el órgano el que decide finalmente acordarlas o no, pero cabe matizar que la discrecionalidad en las diligencias para mejor proveer gozaba de un campo

de mayor amplitud. En las diligencias para mejor proveer el órgano tenía una potestad en cuanto que poseía iniciativa probatoria propia por lo que él discrecionalmente podía acordar una prueba que creyese conveniente, y con los medios de prueba que también libremente dispusiese con el único requisito de que las fuentes de prueba constasen en autos. En las diligencias para mejor proveer la solicitud y el acuerdo de su práctica iba unida, pues era únicamente el órgano el que intervenía; acordaba directamente la práctica de la diligencia sin darle a las partes posibilidad de recurso y sólo tenían las partes la participación que el órgano decidiese otorgarles, circunscrita exclusivamente a su presencia durante su práctica. Sin embargo, en las diligencias finales esto está diferenciado puesto que la iniciativa en éstas nace de la voluntad de las partes, y el acuerdo para su práctica nace en cambio de la voluntad del juzgador. Únicamente si el juzgador hiciese uso del art. 435.2 de la LEC que le faculta para decretar de oficio una diligencia final nos encontraríamos en la misma situación que las diligencias para mejor proveer, esto es todo implícito en un solo acto aunque las partes ahora sí podrán manifestar su desacuerdo mediante recurso. El carácter discrecional se limita prácticamente al acuerdo o no de lo solicitado como diligencia final por las partes, puesto que en la LEC el órgano no goza de la iniciativa probatoria que tenía en la LECA 1881. Podemos hablar de dos actos, acto de solicitud de la diligencia, y acto de su acuerdo. Con las diligencias finales se le ha concedido total protagonismo a las partes sin querer que el tribunal tenga movilidad en cuanto a lo que de iniciativa probatoria se refiere, aunque luego curiosamente se le cede toda la potestad para decidir si acuerda o no lo que han solicitado las partes.

En cuanto a la intervención de las partes tras la práctica de la prueba podemos encontrar una similitud y una diferencia. En lo que respecta a las diligencias para mejor proveer una vez realizada la reforma del año 1984, les

fue concedido a las partes la posibilidad de realizar un escrito de valoración del resultado, lo cual es compartido con las actuales diligencias finales. La diferencia entre ambas es que antes las partes tenían el plazo de tres días para realizarlo en las diligencias para mejor proveer, y en la nueva legislación este plazo se ha ampliado a cinco días. Adquiere gran importancia el avance de la reforma del año 1984 en este punto pues en las diligencias para mejor proveer anteriores a la misma, las partes no tenían más intervención durante la práctica que la que el órgano quisiera darles y que se reducía en todo caso, a únicamente estar presentes, ya que no se recogía el escrito posterior de valoración. Tras la reforma dicho escrito fue incluido y además la intervención de las partes pasó a ser obligatoria, cuestión que a día de hoy se ha mantenido.

Una similitud entre ambas instituciones es el plazo que se otorga al órgano para practicarlas, eso sí señalando que en las diligencias para mejor proveer este plazo se estableció tras la reforma de 1984 puesto que en la redacción primitiva no existía, lo que dio lugar a que se cometieran numerosos abusos con el alargamiento injustificado del proceso. Tras la reforma se estableció un plazo para su ejecución que venía a depender del juicio en el que estas diligencias se llevasen a cabo, y que no podía ser nunca superior al establecido en el proceso en el que se acordasen para la práctica ordinaria de la misma prueba, tal y como recogía el art. 341 LECA. Este punto del artículo 341 fue por tanto una de las reformas más solicitadas y bien recibidas por la doctrina, para conseguir terminar así con la mala praxis con la que se habían inundado los procesos en su fase final. En las diligencias finales podemos encontrar que se establece también un plazo para su práctica, que la Ley matiza expresamente indicando que será de veinte días. Se suprime por tanto la remisión al tipo de juicio para saber de cuanto plazo se dispone, cuestión además que considerando que la LEC solo las permite en el

procedimiento ordinario, no tendría mucho sentido. Aparece la diferencia de nuevo entre ambas ya que se ha producido una restricción en la LEC en comparación con las anteriores diligencias, que estaban permitidas en todos los procesos.

Una diferencia entre ambas y que supone una mejoría en la regulación del año 2000, es la imposición de la forma de auto para el escrito donde se recoge el acuerdo o inadmisión de la práctica de diligencias finales, frente a la forma de providencia que establecía la anterior regulación para las diligencias para mejor proveer. El cambio parece entenderse por una parte para que de esta forma, el Juzgador quede obligado a exponer motivada y fundamentadamente las razones que le llevan a permitir su ejecución o a rechazarla; y por otra parte, porque así se permite la posibilidad de recurso de reposición frente a esta resolución. Lo cierto es que como vimos la Ley no lo recoge pero con este silencio, parece que tampoco se niega el mismo como lo hacía expresamente la LECA al advertir que ‘contra la providencia no cabrá recurso alguno’. Si así lo hubiese querido esta regulación entendemos que podría haberlo señalado por lo que nos parece que no se trata de un despiste del legislador, sino que ha querido dar tal posibilidad a las partes.

Una diferencia importante entre ambas diligencias es que el art. 340 de la LECA cuando permitía la práctica de diligencias para mejor proveer de oficio (a instancia de parte no podían solicitarse nunca como se ha visto), establecía un sistema de lista cerrada para enumerar las pruebas que eran admisibles como tales, regulando de esta forma un catálogo tasado con los medios de prueba que podía el juez acordar. En la regulación primitiva eran cuatro medios de prueba, y tras la reforma de 1984 pasaron a ser cinco, al introducirse la prueba testifical. Así podía acordarse el traer documentos a la vista que el juez estimase convenientes, la confesión judicial, el

reconocimiento o avalúo, la prueba testifical de personas cuyos nombres se deduzcan de los autos, y el recoger autos de otros procesos que tuvieran relación con el que se llevaba a cabo. Por el contrario en la legislación actual, no se recoge ningún sistema de lista ni se hace ningún tipo de enumeración sobre la clase de medios de prueba que puede solicitarse, sobreentendiendo que serán todos aquellos posibles que el régimen general de la prueba permite. Con las diligencias finales no se especifican los concretos medios de prueba que pueden solicitar las partes, o acordar el juzgador. La razón entendemos que es porque se trata de pruebas que ya fueron propuestas y admitidas con anterioridad, por lo que no van a practicarse nuevos medios de prueba, ni medios de prueba distintos sino el mismo puesto que no se pudo practicar o porque no aportó el resultado esperado, por lo que parece que no se hace necesario una enumeración. Cuestión que ayuda a apoyar la idea de que las diligencias finales no vienen a establecer la posibilidad de petición de nuevas pruebas, sino que se circunscriben a aquello que ya se ha practicado. Lo mismo que ocurre para el supuesto del art. 435.2 que al tratarse de una mera repetición de prueba frustrada por causas impeditivas, hace que no se tenga necesidad de introducir listado de medios de prueba posibles, puesto que se tratará de ejecutar la misma prueba que en el juicio solo que ahora esperamos encontrar el resultado buscado. Donde sí podría tener cabida una enumeración sobre los medios de prueba posibles como diligencia final, sería en el extremo del art. 435.3 sobre hechos nuevos o de nueva noticia, porque sobre éstos anteriormente no se propuso prueba alguna. De esta forma la Ley podría haber matizado para mayor seguridad jurídica los medios de prueba posibles, aunque habrá que entender que serán los que la Ley recoge en el artículo 299 con carácter genérico. En este artículo se señalan seis apartados porque la Ley hace una subdivisión entre documentos públicos y privados por lo que la enumeración del artículo queda de la siguiente manera: “los medios de prueba que se podrá hacer uso en el juicio son: 1º. Interrogatorio de las

partes. 2º. Documentos públicos. 3º. Documentos privados. 4º. Dictamen de peritos. 5º. Reconocimiento judicial. 6º. Interrogatorio de testigos.

La diferencia más notable entre ambas figuras jurídicas es que, con las diligencias para mejor proveer el juzgador tenía la posibilidad de dar uso a una iniciativa probatoria de oficio, que con las diligencias finales ha desaparecido totalmente. Como señala MUÑOZ SABATÉ, “el elemento que marca la diferencia entre las diligencias finales y las antiguas diligencia para mejor proveer radica en el operador judicial que se moviliza”<sup>468</sup>. La finalidad de ambas instituciones es distinta; las primeras eran como su nombre indicaba: para mejor proveer, es decir, estaban destinadas al uso exclusivo del órgano para poder aclarar posibles puntos oscuros sobre los hechos cuando se encontraba en el momento de dictar sentencia. A través de éstas diligencias podía acordar medios de prueba que complementasen a los solicitados por las partes y practicados, para lograr reafirmar su convicción sobre el caso. La finalidad de las diligencias finales consiste en dar a las partes la posibilidad de solicitar que se practiquen pruebas que, o bien no se pudieron practicar, o bien no tuvieron un resultado positivo, siendo en ambos casos necesario que no se deba a causas imputables a ellas. Servirán probablemente a su vez para reforzar la certeza sobre los hechos al juez pero no es su finalidad, y por eso no recogen la iniciativa probatoria de oficio, puesto que no las acuerda libremente el tribunal. Solo lo hará en el caso del punto segundo del art. 435 LEC, y éste es una mera repetición de prueba por lo que no puede considerarse que el juzgador tenga iniciativa probatoria de oficio en esencia, ya que lo que pide es algo que ya solicitaron las partes con anterioridad. Los sujetos activos son distintos en unas y en otras: juez o partes, y por tanto son indiscutiblemente instituciones distintas. Se pueden buscar similitudes de

---

<sup>468</sup> MUÑOZ SABATÉ, LL., ob. cit. pág. 254.



forma pero no las encontraremos sobre el fondo, puesto que se ha pasado de la discrecionalidad a la excepcionalidad de su acuerdo por el juzgador.

Compartimos con Picó I Junoy la idea de que para fijar cual debe ser la postura del juez frente al material probatorio, debemos evitar “tomar posturas extremas o radicales”<sup>469</sup>, es decir, o la que no le otorga ninguna participación, o la que le permite demasiada convirtiéndole en un juez inquisidor. Hay que tratar de buscar el equilibrio entre ambos lados puesto que el objetivo es que el juez no pierda su imparcialidad, y por tanto que deje a las partes hacer su trabajo pero dotándole de medios de los que pueda valerse si en un momento dado los necesitase. No podemos cerrarnos en la idea de que como las partes son las que tienen pretensiones sobre el objeto, el juez no debe tener participación en la verificación del material probatorio. GUASP plantea que esta visión de que las pretensiones al ser de las partes deben limitar el oficio del juez, no parece acertado porque el juez puede desarrollar igualmente una actividad en ese sentido, y no hay razón para excluirlo<sup>470</sup>. Es más, si en las diligencias para mejor proveer se venía otorgando esa facultad al juez de participación, y funcionaba para servir de apoyo en la elaboración del fallo, el suprimirlas totalmente en la LEC por salvaguarda de los principios inspiradores parece poco acertado, puesto que esos principios existían igualmente en las regulaciones anteriores, y se está dando a entender que han sido vulnerados durante siglos. A nuestro juicio, lo ideal sería un acercamiento entre ambas instituciones que diese lugar a unas nuevas diligencias que se ocupasen de dar solución a las posibles situaciones que se

---

<sup>469</sup> PICÓ I JUNOY, J., ob cit., pág. 129.

<sup>470</sup> El autor PICÓ I JUNOY, J., plantea la exclusión de iniciativa de oficio a raíz de la razón de que sea así porque las partes son las que tienen el único interés de que tengan éxito sus pretensiones, y es cuando el autor cita a GUASP, que plantea que eso nada tiene que ver con que el juez pueda a su vez tener actividad conjunta con las partes, ambas iniciativas no son excluyentes. ob cit., pág. 104.

pueden plantear al final de un proceso, respetando siempre los principios informadores y la imparcialidad del juez.

#### **4.10 Problemas que plantean las diligencias finales**

La introducción de esta nueva figura ha creado tres problemas principales en la práctica que son:

- 1) Su aplicabilidad en el juicio verbal.
- 2) El interrogatorio de persona jurídica atendiendo al artículo 309 de la LEC.
- 3) El interrogatorio de la Administración Pública del artículo 315 de la LEC.

##### **4.10.1 El problema de las diligencias finales en el juicio verbal**

Uno de las principales cuestiones que al abordar las diligencias finales ha despertado mayores controversias y opiniones encontradas, es si pueden aplicarse dentro del juicio verbal o si la legislación ha querido limitar su uso al juicio ordinario. Existen por consiguiente en la doctrina dos posturas enfrentadas que defienden sus argumentos basándose en unos puntos en concreto. Así, el sector que defiende su exclusión explica ésta exponiendo que:

- Lo primero que señalan es la ubicación del artículo 435 dentro de la LEC, en los artículos destinados a la regulación del procedimiento del juicio ordinario. Esto es lo que consideran que demuestra la intencionalidad del legislador de no admitirlas en el juicio verbal, pues o bien se incluirían también en sus artículos, o se hubieran plasmado dentro de los artículos válidos con carácter general para los distintos procedimientos.

- Otro argumento para su exclusión es el contenido del artículo 271.1 de la LEC que regula el momento preclusivo de aportación de la prueba documental señalando que “no se admitirá a las partes ningún documento, instrumento, medio, informe o dictamen que se presente después de la vista o juicio, sin perjuicio de lo previsto en la regla tercera del artículo 435, sobre diligencias finales en el juicio ordinario”. Luego señala como excepción a la regla general de preclusión el supuesto del art. 435 referido a los hechos nuevos o de nueva noticia, haciendo mención exclusivamente al juicio ordinario.

- Señalan también que el artículo 286.3 LEC hace mención a las diligencias finales en el juicio ordinario al establecer que “si el hecho nuevo o de nueva noticia no fuera reconocido como cierto, se propondrá y se practicará la prueba pertinente y útil del modo previsto en esta Ley según la clase de procedimiento cuando fuere posible por el estado de las actuaciones. En otro caso, en el juicio ordinario, se estará a lo dispuesto sobre las diligencias finales”. Deja claro que se estará a lo dispuesto en el juicio ordinario sin añadir nada sobre el juicio verbal que bien podría haberse incluido, por eso les parece otra muestra de su validez solo en para el primero.

- Y por último, la clara disposición del art. 447.1 de la LEC según la cual en el juicio verbal una vez terminada la vista, el tribunal dictará sentencia en los siguientes diez días. No deja lugar a ninguna actuación más, a diferencia del art. 434 LEC en el que se recoge que la sentencia en el juicio ordinario se dictará en veinte días, pero en su apartado segundo plasma la posibilidad de acuerdo de diligencias finales.

En representación de este sector doctrinal podemos encontrar como para NOYA FERREIRO no deben tener cabida estas diligencias en el juicio verbal, porque “el legislador ha pensado esta institución para que se aplique únicamente en el juicio ordinario. El legislador ha optado por regular la nueva institución dentro de un proceso concreto, y no en las disposiciones comunes”<sup>471</sup>. Para GIMENO SENDRA tampoco deben incluirse en el juicio verbal, puesto que “no ha sido ése el deseo del legislador que, al abordar el estudio del juicio verbal, dedica un importante artículo (445), de cuya exégesis obtenemos la inaplicabilidad de las diligencias finales en este juicio”. Y esto es así porque para el autor el precepto citado señala que se aplicarán los capítulos V y VI del Título I para la materia de prueba en el juicio verbal. Esto hace que en estos “obviamente no se encuentran las diligencias finales, con lo que, a contrario, las diligencias finales están expresamente excluidas del juicio verbal”<sup>472</sup>. Para HERBOSA MARTÍNEZ “los arts. 435 y 436 regulan las diligencias finales dentro de los preceptos dedicados al juicio ordinario, y no en las disposiciones generales sobre la prueba”, por lo que no pueden extender su aplicabilidad al juicio verbal.

Para el sector que se inclina a la admisión de diligencias finales en el juicio verbal, sus argumentos se basan fundamentalmente en que no incluirlas es una visión contraria a la obtención de la tutela judicial efectiva por tres razones. La primera es que no les parece admisible que por una interpretación literal de la Ley se concluya que al no hacerse referencia no se puedan acordar diligencias finales en el juicio verbal. Al no hacerse, esto conlleva que no se pueda practicar una prueba que no se ha materializado por razones ajenas a quienes la han propuesto, y que resulta fundamental para la convicción del juzgador de cara al fallo. El segundo punto sobre el que se apoyan son los

---

<sup>471</sup> NOYA FERREIRO, M<sup>a</sup>.L., ob. cit., pág.90.

<sup>472</sup> GIMENO SENDRA, V., ob. cit., pág. 506.

artículos 309 y 315 de la LEC, que regulan los interrogatorios de representante legal y de la Administración Pública que se llevan a cabo a través de diligencias finales, y que veremos en páginas posteriores de forma más ampliada. Entienden que al dejar fuera del juicio verbal a estas diligencias, se dejarían fuera también la efectividad de ambos artículos dentro de este proceso, produciéndose una derogación tácita de los mismos. Y la tercera razón es la remisión al artículo 460.2 de la LEC en su apartado segundo, que establece que para solicitar una prueba en segunda instancia, uno de los requisitos para su admisión es que la misma no hubiese podido tampoco realizarse como diligencia final. Así expresa que “las propuestas y admitidas en la primera instancia que, por cualquier causa no imputable al que las hubiere solicitado, no hubieren podido practicarse, ni siquiera como diligencias finales”, lo que supondría que al no admitir las mismas en el juicio verbal, se estaría restringiendo las posibilidades de cara a la segunda instancia. Consideran necesario para hacer valer el artículo, que las pruebas que pretendemos solicitar en apelación hayan sido solicitadas obligatoriamente de manera previa como diligencia final, y puesto que en el juicio verbal no existe esa posibilidad, el apartado queda sin efecto. Por tanto no podría solicitarse una apelación con base en el art. 460.2 dentro de un juicio verbal, porque como antes se tuvo que solicitar una diligencia final, y en este proceso no se contemplan, es inviable por tanto la apelación a través de este punto. En nuestra opinión el art. 460.2 no cierra la posibilidad de solicitud de prueba en el juicio verbal porque no se hayan pedido como diligencia final, el ‘ni siquiera’ entendemos que lo hace en alusión al procedimiento ordinario en el que sí parece necesaria esa previa solicitud para que se acepte en apelación, pero no para el juicio verbal. Dentro de un juicio verbal valdría solo que no se hubieran podido practicar por causas no imputables a las partes. De haber sido esa la voluntad del legislador, éste hubiese redactado por ejemplo, “que no hubieran podido practicarse, y

debiendo haber sido solicitadas previamente como diligencia final”. En este caso sí que el legislador habría matizado el carácter obligatorio de la solicitud como diligencia final para poder recurrir en apelación, pero con la redacción actual no lo entendemos de esa manera pues además supondría la anulación de la vía de apelación para el juicio verbal, cosa que en la práctica no sucede. De cualquier forma compartimos la opinión de VALLESPÍN PÉREZ en el sentido de que la no inclusión en el juicio verbal “podría provocar importantes consecuencias no ajustadas al obligado respeto del modelo constitucional de juicio justo o proceso con todas las garantías del art. 24.2”<sup>473</sup>. En relación a los hechos nuevos o de nueva noticia que regula el art. 286, su punto tercero plasma que si el hecho no fuese reconocido como cierto se propondrá y se practicará la prueba pertinente y útil de modo previsto, según la clase de procedimiento frente al que nos encontremos añadiendo que en el juicio ordinario, se estará a lo dispuesto sobre diligencias finales. El problema que se puede encontrar aquí es que, cuando se tiene conocimiento de un hecho nuevo o de nueva noticia lo que se hace es un escrito denominado ‘de ampliación de los hechos’, salvo que pueda incluirse en el mismo acto del juicio o de la vista, pues la Ley señala que en tal caso “se llevará a cabo en dichos actos”. Es evidente que si ese hecho no es reconocido como cierto se tendrá que practicar prueba como continúa señalando la Ley “cuando fuera posible por el estado de las actuaciones”, lo cual deja abierta la posibilidad de que en determinados casos no pueda realizarse. La Ley explica entonces que en caso de estar en el juicio ordinario debemos estar a lo dispuesto en las diligencias finales, es decir, solicitar la práctica de la prueba sobre esos hechos a través de las mismas, pero en el juicio verbal, no cabría posibilidad de practicarlo puesto que la Ley no lo ha incluido en la matización, aunque fuese determinante para la convicción del juez. Es evidente la laguna frente a

---

<sup>473</sup> VALLESPÍN PÉREZ, D., “Las diligencias finales en el juicio verbal”, Revista Justicia, año 2007, nº 3-4, pág. 233.

la que la Ley deja al Juzgador, para este caso dentro de un juicio verbal. Bien es cierto que como señala el sector partidario de no incluirlas siempre nos quedará la apelación, pero igual de cierto es que la apelación cuesta dinero, y el justiciable no tiene por qué acarrear con unos gastos que podrían evitarse. La argumentación para el legislador fue que dado el brevísimo tiempo de diez días que tiene el juez para dictar sentencia tras la vista en el juicio verbal, iba a ser poco probable que surgiesen hechos nuevos o de nueva noticia justo en ese periodo, pero podría pasar; entonces habrá que estar al art. 460.2.3º que recoge los motivos para acudir a la apelación: “las pruebas que se refieran a hechos de relevancia para la decisión del pleito ocurridos después del comienzo del plazo para dictar sentencia en primera instancia”. Este es el punto que sería de aplicación para este caso de que se tuviera conocimiento de un hecho nuevo, y se necesitase la práctica de prueba sobre el mismo. El problema tendría solución, pero a nuestro juicio no parece la más acertada puesto que implica gastos y tiempo, que con la inclusión de las diligencias finales en el juicio verbal se evitarían.

Dentro de la doctrina podemos encontrar que MUÑOZ SABATÉ tiene la opinión de que aunque se incluyan en el juicio ordinario, “es lógico que también pueda aplicarse al juicio verbal, y más si se tiene en cuenta la remisión del art. 445”.<sup>474</sup> VÁZQUEZ SOTELO reconoce que “la interpretación literal y sobre todo la sistemática del art. 435 aboca la conclusión de que solo en el juicio ordinario puede utilizarse tal iniciativa probatoria, la cual no sería ni en el juicio verbal, ni en los procesos especiales. Pero si se acepta una interpretación finalista o teleológica del precepto debe llegarse a la conclusión contraria y entender que la instrucción probatoria de las diligencias finales puede ser utilizada en cualquier juicio o proceso siempre que concurren los

---

<sup>474</sup> MUÑOZ SABATÉ, LL., ob. cit., pág. 258.

requisitos”<sup>475</sup>. Para estos autores la admisión de diligencias finales en el juicio verbal no vulnera ni la naturaleza ni los principios del proceso, sino que da a las partes la posibilidad de hacer efectivo su derecho a la prueba. Para RAGA MARIMÓN no se acierta a comprender dicha exclusión pues “las partes tienen el derecho fundamental a la prueba (art. 24 C.E), y siempre que sea posible se les debe facilitar ese derecho”<sup>476</sup>. Señala HOYA COROMINA que “no existe una razonable justificación para que solo sea en el ordinario, precisamente en el juicio verbal en el que pueden ser más necesarias pues los plazos para la solicitud y práctica de prueba son menores”<sup>477</sup>. Para el sector que defiende la no inclusión, si se aplicasen las diligencias finales en el juicio verbal se quebrantaría el principio de celeridad que se ha buscado en dicho proceso, tratando de evitar toda prolongación del mismo que tendría lugar con estas diligencias. El otro sector por el contrario cree que la visión del juicio verbal como un proceso sencillo de tramitación rápida no siempre es cierta, puesto que pueden concurrir cuestiones en el juicio verbal igualmente complicadas que en el juicio ordinario, por lo que no debe entenderse que por querer hacerlo rápido pueda hacerse mal. Y mal quiere decir que se haga prescindiendo de diligencias de prueba que han sido declaradas útiles y pertinentes, pero que no se han podido realizar por causas diversas que pueden solucionarse ahora, y que además pueden ser de gran ayuda para el juez.

Si lo que se trata es de que en el juicio verbal lo importante sea la celeridad, la posibilidad de practicar diligencias finales supone alargar efectivamente el proceso del orden de veinte días para practicarlas, cinco días

---

<sup>475</sup> VÁZQUEZ SOTELO, J.L., ob. cit., pág. 559.

<sup>476</sup> RAGA MARIMÓN, M., en “El laberinto pericial”, ob. cit., *Problemas actuales...*, pág.149.

<sup>477</sup> HOYA COROMINA, J., ob. cit., pág. 1935. Además este autor señala que con la exclusión la aplicabilidad de los arts. 309 y 315 no va a ser posible, quedaría reducida la oportunidad de la segunda instancia pues se señala como requisito en el art. 460 que hayan sido solicitadas como diligencia final, y que su restricción debería haber sido expresamente recogida por la LEC.



para que las partes realicen el escrito de valoración, y otros diez días para dictar sentencia, más los posibles retrasos. Es claro que se prolonga el tiempo de finalización del proceso justo en la última fase, y además se rompe la concentración perseguida, pero no lo es menos que si al no permitirse la práctica de diligencias finales necesitamos acudir a la apelación, el plazo de prolongación será mucho mayor. Encontramos en la jurisprudencia una Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2008, [RJ-2008/7128], en la que se defiende la aplicación de las diligencias finales en el juicio verbal al considerar que “teniendo en cuenta la norma constitucional del art. 24 C.E que proscribe la indefensión, se deben admitir tanto para el juicio verbal, que no prevé pero tampoco prohíbe el art. 447”, añadiendo que además será igual para el trámite de la apelación. Como señala ORTIZ AGUIRRE “la jurisprudencia constitucional ha dejado claro que que la limitación del derecho consagrado por el art. 24.2 de la Constitución, a servirse de las pruebas pertinentes para su defensa como un derecho constitucional, no justifica su sacrificio a intereses indudablemente dignos de su tutela, pero de rango subordinado como puede ser la economía del proceso, la mayor celeridad de éste o la eficacia en la Administración de Justicia”<sup>478</sup>. Es decir, el Tribunal Supremo considera que el art. 24.2 C.E debe situarse por encima de todo, y por eso no se pueden excluir las diligencias finales del juicio verbal. En relación, señalamos la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 7 de diciembre de 1983 [La Ley 42861/NS 0000] en la que expone que “el derecho a la prueba es ciertamente una de las garantías que constitucionaliza el art. 24.2 y podrá sustentarse un amparo en una denegación de prueba que haya provocado indefensión: podrá argüirse con algún fundamento que se produce indefensión cuando la no realización de la prueba por su relación con los hechos pudo alterar la sentencia”. Si el

---

<sup>478</sup> ORTIZ AGUIRRE, J.Mª., RUBIO GARCÍA, E., RUIZ MARTÍN, S., Y SERRETA PESQUERA, R.Mª., en “Las diligencias finales” dentro de *Los problemas actuales...*, ob. cit., pág.129.

juzgador no cuenta con la posibilidad de oficio de repetición de prueba del art. 435.2, ni las partes solicitar las pruebas que permite el art. 435.1 ó 435.2, si éstas fueran relevantes, nos encontraríamos que la sentencia efectivamente ha podido ser distinta de la que se hubiese obtenido si esas pruebas se hubiesen practicado. Para PICÓ I JUNOY y ABEL LLUCH, “el Tribunal Constitucional dice que toda restricción a un derecho fundamental, como es el de defensa, incluido su ámbito de aplicación debe estar justificada, justificación que no existe en este caso”<sup>479</sup>.

Un sector de la doctrina entiende que el problema de la práctica de las diligencias finales en el juicio verbal, se soluciona con el art. 193 LEC sobre la interrupción de la vista. Dicho artículo recoge que una vez iniciada ésta, podrá interrumpirse cuando “2º se deba practicar alguna diligencia de prueba fuera de la sede del tribunal y no pueda verificarse en el tiempo intermedio entre una y otra sesión. 3º cuando no comparezcan los testigos o los peritos citados judicialmente y el tribunal considere imprescindible la declaración o el informe de los mismos. 4º Cuando, después de iniciada la vista, se produzca alguna de las circunstancias que habrían determinado la suspensión de su celebración”. Se entiende que ya que este artículo quiebra la concentración deseada para el juicio verbal ya que no habrá unidad de acto, parece que las diligencias finales deberían permitirse entonces porque dicha posibilidad de rotura de concentración ya existe mediante otro artículo, luego no puede ponerse como argumentación para no permitirlos. No se estaría trastornando la naturaleza del juicio verbal con las diligencias finales, puesto que para otras pruebas sí se interrumpe sin problema, aunque como señala PORTAL MANRUBIA no es la solución acertada<sup>480</sup>. Y por otro lado, se excluyen

---

<sup>479</sup>PICO I JUNOY, J., Y ABEL LLUCH, X., Ob. cit., pág. 132.

<sup>480</sup> PORTAL MANRUBIA, J., ob. cit., pág. 225. El autor que se encuentra dentro del sector que aboga por la inclusión de las mismas en el juicio verbal, igualmente defiende el hecho de que se haga extensible a todos los procedimientos que siguen el trámite del juicio verbal porque la Ley así lo establece como son los del art. 250. Entendemos que una vez que las diligencias finales fueran admitidas para el juicio verbal, es claro que

las diligencias finales del juicio verbal al entender que con la interrupción de la vista ya se repara el hecho de que una prueba no haya podido practicarse, por lo que no son necesarias. Y en lo que respecta a la prolongación del fin del proceso con estas diligencias, al igual que con anterioridad señalábamos que es más rápido que una apelación, apunta ARAGONESES MARTÍNEZ que “es más favorable las diligencias finales que la interrupción en cuestión de alargar el proceso, porque éstas tienen un plazo para su práctica”<sup>481</sup>. A nuestro juicio el hecho de subsanar la inclusión de diligencias finales con una interrupción de la vista, en lugar de acordarlas en el momento de dictar sentencia, entendemos que no soluciona la cuestión de manera completa. Esto es así porque efectivamente para el caso de pruebas propuestas y admitidas pero no practicadas, bien podría la parte solicitarlas en el momento de la vista para que tuviese lugar la interrupción, pero ¿qué ocurriría para el caso de los hechos nuevos o de nueva noticia, o la repetición de prueba que no alcanzó el resultado esperado por causas impeditivas? En este último caso, estamos dejando al margen la posible actuación de oficio en este sentido y la actuación de las partes. Además, si la vista se interrumpiese, nada impide que a la hora de dictar sentencia puedan aparecer los casos anteriores, que seguirían quedando sin posible solución. El hecho como comentamos anteriormente, no es que con la posibilidad de interrupción de la vista las diligencias finales ya no son necesarias, sino que entendemos que se trata de dos cuestiones independientes y distintas. Es lógico, que en determinados casos tendrá que interrumpirse la vista para practicar alguna prueba, pero eso no elimina que las diligencias finales puedan ser necesarias para pruebas sobre hechos nuevos o de nueva noticia, pruebas nuevamente frustradas en su práctica o sin el resultado esperado. Se trata de solventar con ellas problemas distintos, y

---

las mismas tendrían aplicación para todos los procesos salvo que la Ley estableciese cosa distinta, y así entrarían también en los procesos especiales vistos con anterioridad.

<sup>481</sup> ARAGONESES MARTÍNEZ, S., ob. cit., pág. 36.

necesidades que pueden surgir que no pueden solucionarse mediante la interrupción de la vista, sino con su acuerdo en el plazo para dictar sentencia.

Además, podría considerarse que el incluir las diligencias finales en el juicio verbal, se realizarse con unos plazos más cortos como por ejemplo diez días en lugar de veinte días para su práctica, y tres días en lugar de cinco días para la elaboración del escrito de conclusiones de las partes. Es cierto que se prolongaría el término del proceso pero hay que tener en cuenta que no se practicarían en todos igual que no ocurre en todos los juicios ordinarios, puesto que se exigen unos requisitos para poder ser aceptadas, y no siempre las partes necesitan acudir a ellas. Si la Exposición de Motivos establece que lo que busca esta Ley es una justicia civil efectiva, que entre otros aspectos significa lograr un acortamiento del tiempo necesario para una definitiva resolución, no parece razonable entonces que haya que recurrir a la segunda instancia que lo que ocasiona es una prolongación del mismo. La exclusión de las diligencias finales en el juicio verbal no ha encontrado justificación suficiente para imponer su inoperatividad en dicho proceso, circunscribiéndolas al proceso ordinario. Entendemos que las mismas dudas le pueden surgir al juzgador tanto en un proceso como en otro, luego por qué en uno si puede solucionarlas y en otro no, obligándole a redactar una sentencia faltándole seguridad. Como señala ARAGONESES MARTÍNEZ “en los juicios verbales se plantean cuestiones de notable enjundia jurídica y complejidad probatoria”<sup>482</sup>, para los cuales las diligencias finales serían de gran ayuda a la hora de resolverlos, si fuera necesario. Por su parte, MANRESA Y NAVARRO comenta a raíz de las diligencias para mejor proveer, pero que es perfectamente aplicable en este momento, que “la antigua jurisprudencia había admitido el principio general de que los autos para mejor proveer

---

<sup>482</sup> ARAGONESES MARTÍNEZ, S., ob. cit., pág. 36.

podrían dictarse en toda clase de juicios e incidentes, porque en todos ellos podría caber duda al juzgador sobre la verdad de lo que se cuestionaba”<sup>483</sup>.

Destacamos por un lado el Acuerdo de Jueces de Familia de Madrid que tuvo lugar el 4 de diciembre de 2001, entre los Magistrados de las secciones 22 y 24 de la Audiencia Provincial, que redactaron en su punto sexto que no habiendo recogido la Ley la posibilidad de acordar diligencias finales en el juicio verbal, tal omisión debía suplirse con el art. 752 LEC, en su párrafo segundo, señalando que podrán acordarse las diligencias y pruebas que se estime necesarias. El art. 752 de la LEC recordemos que se encuentra dentro de la regulación de los procesos especiales, y en su punto segundo establece que el tribunal no estará vinculado a las disposiciones de la Ley en materia de fuerza probatoria del interrogatorio de las partes, de los documentos públicos ni de los privados reconocidos. Esto supone que al no estar vinculados estiman que pueden acordar diligencias finales en el ámbito del juicio verbal aunque no esté permitido, con base en este artículo. Pese a nuestra postura a favor de estas diligencias en el juicio verbal, no compartimos por un lado, el hecho de que se actúe con independencia de las palabras de la Ley puesto que da lugar a inseguridad jurídica, y de otra parte, porque no parece adecuado basarse en un artículo que está dentro de la regulación de unos procesos especiales. Precisamente estos procesos tienen una regulación en algunos puntos diferente, pero por el carácter y naturaleza de su objeto, razón por la cual su articulado no puede aplicarse al resto de procedimientos. Si no de igual manera podríamos aplicar el punto primero del mismo artículo, el cual permite al tribunal acordar todas las pruebas que estime pertinentes de oficio, por el hecho de no estar conformes con la derogación de las diligencias para mejor proveer, lo que lógicamente parece completamente inaceptable. Por otra parte, tal y como recoge PORTAL

---

<sup>483</sup> MANRESA Y NAVARRO, J.Mª, ob. cit. pág. 61.

MANRUBIA, en las Jornadas de Unificación de criterios de los Magistrados de las Secciones de la Audiencia Provincial de Madrid de 23 de septiembre del año 2004, esta vez se acordó por 23 votos a favor y 3 en contra que las diligencias finales no se apliquen en el juicio verbal, al no ser un trámite previsto para este procedimiento<sup>484</sup>. Lo que apunta a que actualmente no se permiten, estando a las palabras literales de la Ley que las deja fuera.

A nuestro juicio no parece comprensible que el legislador haya querido configurar un proceso como es el juicio verbal que se caracteriza por su celeridad, y en cambio no dar cabida a las diligencias finales en el mismo, puesto que no consideramos que vulneren la naturaleza del proceso. Se quebraría la concentración al fijar una vista para la práctica de la prueba solicitada como diligencia final en el caso de ser necesaria, y el trámite de valoración de las partes mediante escrito que alargaría mínimamente el plazo para la elaboración de la sentencia. La relevancia de esta figura que otorga a la parte la posibilidad de asegurar su derecho de defensa y todas sus manifestaciones es significativa, por lo que nos parece un acierto de la LEC y por eso entendemos que deberían extenderse a toda clase de procedimientos. Pero solo cuando la Ley así lo establezca expresamente, y no basándonos en interpretaciones finalistas que admiten su aplicabilidad en el momento actual tomando como base por ejemplo, la no prohibición expresa por el legislador. Preferimos esperar a que esa inclusión sí sea expresa a través de una reforma de la Ley, porque las consecuencias para el justiciable son importantes dependiendo de que se tengan en cuenta o no estas diligencias, por lo que el legislador debería aclarar su admisibilidad o inadmisibilidad, y no dejarlo a criterio de los órganos judiciales.

---

<sup>484</sup> PORTAL MANRUBIA, J., “Posibilidad de acordar diligencias finales en el juicio verbal”, Revista Justicia, año 2007, nº 3-4, pág. 224.

#### **4.10.2 El interrogatorio de persona jurídica, art. 309 de la LEC**

La importancia de este artículo es que recoge un supuesto en el que la Ley impone el uso de las diligencias finales para su práctica, lo que plantea el problema de que al no estar permitidas en el juicio verbal, tal y como señalaba el sector que defendía dicha inclusión, provoca la derogación tácita del mismo. Así el art. 309.2 señala que:

“cuando alguna pregunta se refiera a hechos en que no hubiese intervenido el representante de la persona jurídica o ente sin personalidad jurídica, habrá, no obstante de responder según sus conocimientos, dando razón de su origen y habrá de identificar a la persona, que en nombre de la parte hubiera intervenido en los hechos, El tribunal citará a dicha persona para ser interrogada fuera del juicio como diligencia final, conforme a lo dispuesto a la regla segunda del apartado 1 del art. 435”.

Se trata de una regulación específica por parte de esta Ley, que establece que las personas jurídicas serán sustituidas por otras cuando desconozcan los hechos sobre el caso que configuran el interrogatorio, para que las preguntas puedan ser efectivamente contestadas. Su fundamento se encuentra en el hecho cierto de la normalidad con la que los representantes de este tipo de sociedades o entes suelen no haber intervenido en los hechos, o bien si no en todo, no haber participado en ciertos extremos por los que se les pregunta, y por tanto no pueden contestar a las preguntas. Esta falta de conocimiento provoca una frustración en la realización de la prueba, ya que no se obtiene la efectividad perseguida lo que va a ser perjudicial para ayudar a formar la convicción del Juzgador. La LEC de esta forma ha pretendido dar solución a los problemas que se planteaban con la legislación anterior tales como por ejemplo, que fuese interrogado un mandatario sin conocimiento de

los hechos, o que se supeditase la entrada del tercero a voluntad del representante legal o de la propia sociedad, privando así a la parte proponente de la prueba de los conocimientos que podía aportar la persona que sí intervino en los hechos, o incluso ni traer al proceso a quien sí los conocía. Con la LEC el sujeto que se someta al interrogatorio en nombre de una persona jurídica o ente sin personalidad jurídica, va a ser su representante en juicio, su representante legal, o simplemente su representación, es decir, será quien por disposición legal o determinación de los órganos sociales, ostente su representación legal. No va a poder ser en ningún caso, un mandatario con poder especial; de esta forma se supera un inconveniente de la LECA que acarreó numerosos problemas en la práctica. Podemos encontrar dos situaciones: que dicho representante legal no haya intervenido en esos hechos, o que durante el interrogatorio tengan lugar preguntas sobre hechos ajenos a él.

Una diferencia con la regulación anterior de 1881 es que en ésta se dejaba a la sociedad la determinación de la entrada o no del tercero al proceso con los riesgos que eso conllevaba, lo que ahora con la LEC se ha transformado en una exigencia hacia la parte sobre la que recae la prueba, de que debe realizar una colaboración activa de modo que se pueda contar con los conocimientos necesarios para la verificación de los hechos. En la LECA solo se recogía el art. 587 que establecía: “cuando alguna pregunta se refiera a hechos que no sean personales del que haya de absolverla, podrá negarse a contestarla. Sólo en este caso podrá admitirse la absolución de posiciones por medio de un tercero que esté enterado personalmente de los hechos por haber intervenido en ellos a nombre del litigante interrogado, si éste lo solicita, aceptando la responsabilidad de la declaración”. Este artículo se encontraba dentro del apartado dedicado a la confesión en juicio, y se dedicaba indistintamente a personas físicas y jurídicas con los evidentes problemas que



conllevaba en la práctica por la diferencia entre ambos sujetos. El problema que presentaba la anterior legislación, es que dada la situación en la que el confesante fuera interrogado por extremos que desconociese, éste podía negarse a contestar citando a un tercero que sí los conociese, pero esto no era obligatorio, por lo que la parte que lo proponía veía como su prueba quedaba frustrada.

La LEC diferencia entre personas físicas (art.308)<sup>485</sup> y personas jurídicas (art. 309), lo cual para la doctrina es una mejora importante. En atención a los problemas que la anterior legislación planteaba la LEC ha puesto solución a los casos más que frecuentes de que el representante no haya intervenido total o parcialmente en los hechos, distinguiendo ambos supuestos en la regulación.

- Primer caso: el representante de la entidad no ha participado en los hechos y por tanto los desconoce (art. 309.1 LEC). En este supuesto deberá comunicarlo en la audiencia previa pues él como parte, conoce a través de la demanda los hechos sobre los que trata el interrogatorio. Como regla general intervendrá en calidad de parte, a no ser que ya no forme parte de la sociedad o entidad, caso en el que intervendrá en calidad de testigo. Así en el desarrollo del juicio a la hora de practicar esta prueba, el representante legal de la sociedad o ente no puede ignorar el interrogatorio sobre unos hechos en los que él hubo participado, puesto que en el caso de que no fuese así tuvo que alegarlo en la audiencia previa, para que en ese momento se designase a la persona que sí intervino, y citarla para el juicio.

---

<sup>485</sup> El artículo 308 establece la declaración sobre hechos no personales del interrogado. “Cuando alguna pregunta se refiera a hechos que no sean personales del declarante habrá de responder según sus conocimientos, dando razón del origen de éstos, pero podrá proponer que conteste también a la pregunta un tercero que tenga conocimiento personal de los hechos, por sus relaciones con el asunto, aceptando las consecuencias de la declaración. Para que se admita esta sustitución deberá ser aceptada por la parte que hubiese propuesto la prueba. De no producirse tal aceptación, el declarante podrá solicitar que la persona mencionada sea interrogada en calidad de testigo, decidiendo el tribunal lo que estime procedente”.

En el caso de no hacerlo incurrirá en el quebrantamiento de dicho deber que la Ley le impone, y que el art. 309.3 LEC regula al exponer que el tribunal lo considerará como una respuesta evasiva o como resistencia a declarar con los efectos del art. 307 LEC, teniendo por reconocidos como ciertos dichos hechos. El art. 307 LEC expone que “si la parte llamada a declarar se negare a hacerlo, el tribunal la apercibirá en el acto de que, salvo que concurra una obligación legal de guardar secreto, puede reconocer como ciertos los hechos a que se refieran las preguntas”. En el caso de que no comunique el nombre de la persona que conoce los hechos, se interpretará como respuesta evasiva con las consecuencias de este artículo, pues el artículo 309.3 LEC se remite a él al decir que “el tribunal considerará tal manifestación como respuesta evasiva o resistencia a declarar, con los efectos previstos en los apartados 1 y 2 del art. 307”, es decir, que se tendrán por reconocidos los hechos como de la entidad.

En este punto, el art. 307.1 de la LEC deja ver una redacción un tanto complicada, pues de manera esquemática nos encontramos que: 1) El representante no intervino en los hechos (art. 309.1 LEC), o sí, pero desconociendo ciertos extremos (art. 309.2 LEC). 2) Debe, al estar obligado por la Ley, decir quién tiene conocimiento de los hechos o se estará al art. 307.1 y 2 LEC. 3) El representante se niega a contestar o a decir quién intervino y por tanto el art. 307.1 LEC establece que el resultado será que se tendrá por ciertos los hechos. Pero cuidado porque puede complicarse, ya que exactamente expone que “reconocidos los hechos como ciertos a que se refieran las preguntas, *siempre que el interrogado hubiese intervenido en ellos personalmente* y su fijación como ciertos le resultase perjudicial en todo o en parte”. Pero si partimos del art. 309.1 LEC, que regula los casos en los que el representante legal no ha intervenido en los hechos, no parece que ambos

artículos puedan relacionarse pues no cabría aplicar como correctivo al artículo 309.1 LEC el apercibimiento del artículo 307.1 LEC, puesto que precisamente el interrogado no ha intervenido en dichos hechos, y el art. 307.1 LEC matiza “siempre que el interrogado hubiese intervenido en ellos personalmente”. Si fuese el caso del art. 309.2 LEC en el que lo que ocurre es que el representante ha participado pero desconoce ciertos extremos sobre esos hechos, y no quiere decir quien los conoce, van a ser tenidas como respuestas evasivas o inconcluyentes, en atención al art. 307 de la LEC, y se tendrán como ciertos. Ahora bien, venimos a señalar que el apercibimiento de tener los hechos como ciertos, haciendo un análisis estricto del enunciado del precepto podría dejarse por consiguiente sin efecto, al exigir la participación del interrogado en los mismos.

-Segundo caso: el representante acude al juicio, responde a ciertas preguntas pero sobre otras que se le plantea desconoce la respuesta. Como el representante legal desconoce los extremos sobre los que se le va a interrogar, puede ocurrir efectivamente que aun habiendo intervenido en esos hechos, desconozca qué ocurrió en diversos puntos, y por tanto no pueda contestar pero sepa la persona que sí puede hacerlo. ¿Qué pasa en esa situación? El art. 309.2 de la LEC le obliga a contestar lo que sepa y facilitar la identidad de la persona que sí los conoce y “el tribunal citará a dicha persona para ser citada fuera del juicio como diligencia final” pues si no se considerarán como respuestas evasivas o resistencia a declarar, con el apercibimiento del art. 307 de tener los hechos como ciertos. Con esta nueva legislación vendría obligado en primer lugar, a decir todo cuanto sepa sobre el asunto, y en segundo lugar, remitir el nombre de la persona que tuvo participación en los hechos y que conoce completamente el caso, para no causar perjuicios a la parte proponente. Aquí igualmente, el art. 307 de la LEC podría quedar sin efecto al no ser ésta la persona que intervino en los hechos, sino otra distinta, como

comentamos anteriormente. Y se hará como diligencia final estando al apartado segundo del artículo 435.1 de la LEC, cuando en su punto primero requiere que sean pruebas que oportunamente alegadas y admitidas no se hayan podido practicar por causas ajenas a la voluntad de la parte, puesto que ésta en este caso desconocía determinados extremos que incluía el interrogatorio. Por eso la Ley impone en estos casos el uso de las diligencias finales porque si no, no podría practicarse de ninguna otra forma. Siempre quedará la duda de si la parte conocía que el representante no sabía la respuesta, por lo que incurría en la culpabilidad por la que el art. 435 niega la posibilidad de solicitar diligencias finales, y es que debería haberlo solicitado en su momento procesal oportuno. Pero aunque así fuese, no se sabría puesto que la parte no va a reconocerlo eliminándose así la posibilidad de solicitarlo diligencia final. Podemos añadir que basándonos en el art. 460.2 de la LEC, esa prueba sí podría llevarse a cabo en la apelación si no pudo realizarse ‘ni siquiera’ como diligencia final.

De esta manera la sociedad no podrá eludir las preguntas que no quiera contestar, y se salva por tanto uno de los inconvenientes de esta prueba. La entrada de terceros sustitutos se ve reforzada evitando declaraciones inútiles, al estar apoyada por la Ley. De esta forma se consigue nombrar a quien sí sabe acerca de la ocurrencia de los hechos, otorgando la información precisada, pero ¿qué sucede si nos encontramos con esta situación en un juicio verbal? Como anunciábamos no podrá aplicarse el art. 309 de la LEC, puesto que en el juicio verbal no pueden solicitarse diligencias finales, y como tampoco hay audiencia previa no pueden prepararse previamente las pruebas entre las partes y el juez. En esta situación nos encontramos ante una desigualdad en comparación con el juicio ordinario, quedando frustrada una prueba propuesta por la parte que no tenía por qué saber con antelación qué preguntas no iba a poder contestar el representante. Parece que en estos casos

la correcta manera de actuar es que, sabiendo el representante los hechos sobre los que versa el caso a través de la demanda, debe llevar al juicio al tercero que sí actuó en esos hechos y que tiene conocimiento de los mismos. Y todo ello con la previsión que establece el art. 440.1.2 de la LEC cuando expone que “se advertirá a los litigantes que ha de concurrir con los medios de prueba que intente valerse (...), podrá considerarse admitidos los hechos del interrogatorio conforme a lo dispuesto en el art. 304”, que a su vez establece que “si la parte citada para el interrogatorio no compareciese al juicio, el tribunal podrá considerar reconocidos los hechos en que dicha parte hubiera intervenido”.

Parece que en el juicio verbal, a través de la advertencia del art. 440.1.2 de la LEC puede solucionarse el primer párrafo del art. 309, pues el representante a través de la demanda conoce los hechos y si es cierto que él no intervino debe llevar al tercero que sí lo hizo. Pero para el apartado segundo del art. 309 LEC, que establece que cuando el representante legal no conozca ciertos extremos pero sí quien puede contestar, y se ordene que a través de diligencias finales se interroge a esa persona, parece imposible encontrar con esta Ley solución posible. Y esto es así porque el representante acude al juicio puesto que él intervino en los hechos conocidos por la demanda, pero no sabe los extremos sobre los que van a preguntarle, y sobre los que puede no conocer las respuestas quedando frustrada la prueba de la parte solo porque la Ley no haya previsto la situación. Está claro que el representante legal no puede hacer una predicción sobre las preguntas que le van a formular, y llevar a todas las personas que él crea convenientes en extremada diligencia por su parte. ¿Por qué limitar las diligencias finales al juicio ordinario, dejando que el mismo supuesto pueda tener lugar en el juicio verbal, y tenga el Juzgador tendría que retirarse a deliberar con la ausencia de pruebas que podrían ser determinantes? Si el art. 309 de la LEC no va a poder

aplicarse en el juicio verbal, o bien se busca la solución de incorporar las diligencias finales al mismo, o bien la posibilidad de redactar otro precepto que recoja los casos de interrogatorio de persona jurídica para el juicio verbal, porque lo cierto es que existe un vacío, y lo que debe preocupar es que muchas partes han visto cómo su prueba no ha podido realizarse por esta insuficiencia normativa.

#### **4.10.3 El Interrogatorio en casos especiales, art. 315 de la LEC**

Este artículo trata otro supuesto que se encuentra relacionado con el anterior al regular el interrogatorio en casos especiales donde ahora el interrogado es la Administración, a la que se le van a conceder ciertos privilegios. Establece el art. 315 de la LEC que:

“Cuando sean parte en un proceso el Estado, una Comunidad Autónoma, una Entidad local u otro organismo público, y el tribunal admita su declaración, se les remitirá, sin esperar al juicio o a la vista, una lista con las preguntas que, presentadas por la parte proponente en el momento en que se admita la prueba, el tribunal declare pertinentes, para que sean respondidas por escrito y entregada la respuesta al tribunal antes de la fecha señalada para aquellos actos. 2. Leídas en el acto del juicio o en la vista las respuestas escritas, se entenderán con la representación procesal de la parte que las hubiera remitido las preguntas complementarias que el tribunal estime pertinente y útiles, y si dicha representación justificase cumplidamente no poder ofrecer las respuestas que se requieran, se procederá a remitir nuevo interrogatorio como diligencia final. 3. Será de aplicación a la declaración prevista en este artículo lo dispuesto en el artículo 307”.

El punto primero del artículo recoge que cuando en un proceso sea parte el Estado, una Comunidad Autónoma, un ente local, o cualquier otro organismo público, se llevará a cabo un desarrollo especial por el cual se les remite previamente a la celebración del juicio o vista, una lista con las preguntas que a su vez son contestadas y remitidas por escrito al Juzgado antes de la celebración del juicio. Si situamos este caso dentro de un juicio verbal, encontramos que en la celebración de la vista, puede ocurrir que la Administración desconozca la respuesta a una pregunta y ¿qué ocurre entonces? Puesto que en el juicio verbal no hay posibilidad de acordar diligencias finales, esta pregunta quedaría sin respuesta con el correspondiente perjuicio que eso supone para la parte proponente. En primer lugar, entendemos que la Ley utiliza indistintamente los términos juicio o vista en este precepto, y así comienza con “en el acto del juicio o en la vista”, matizando y diferenciando ambos no como sinónimos sino como fases de distintos procedimientos, por lo que se está refiriendo tanto al juicio ordinario como al verbal. Al final del precepto sin hacer ninguna puntualización, expone que se hará como diligencia final el nuevo interrogatorio, por lo que debería entenderse que este precepto da cabida a las diligencias finales en el juicio verbal, pero no encajaría con el resto de la regulación recogida para las mismas que lo que hace es excluirlas. Cabe plantearse por qué el legislador no puso, “se harán como diligencias finales en el caso del juicio ordinario” al igual que lo ha matizado en otros preceptos ya vistos, como el art. 283.3 o el art. 271.1 de la LEC, donde en ambos incorpora “sin perjuicio de las diligencias finales en el juicio ordinario”. Si nos encontramos ante este supuesto, y la Administración desconoce ciertos extremos, la parte no podrá solicitar nuevo interrogatorio de la misma a través de diligencias finales, y por tanto quedarán sin respuesta de cara al dictamen del Juzgador. Entendemos que existe el peligro en el juicio verbal de que cuando pregunte al representante procesal de la Administración por otros extremos de manera

complementaria en la vista, puede no contestar argumentando que los desconoce y así quedar sin respuesta esas preguntas al saber que no van a poder ser acordarse como diligencia final. ¿No se le esta dando un trato diferente a la Administración que perjudica a la parte proponente? Señala PEDRAZ PENALVA que la Administración siempre ha tratado de renunciar “ya a someterse in genere al control jurisdiccional, ya más singularmente, en sus esfuerzos por mantener y gozar de determinados privilegios”<sup>486</sup>, y que como apunta PLANCHADELL GARGALLO, “el legislador ha desaprovechado la elaboración de una nueva LEC para eliminar determinados privilegios de la Administración”<sup>487</sup>, ya que es la propia Ley la que se los ha concedido.

En el juicio verbal cuando tenga lugar el interrogatorio de persona jurídica, o tenga lugar el interrogatorio especial de la Administración, las partes tendrán que prever, y más bien predecir, qué preguntas no van a poder ser contestadas; en el caso del art. 309 para poder acudir a la vista con el tercero que creamos que sí sabrá contestar, y en el art. 315 para dejar todo el interrogatorio completo con anterioridad a la vista para evitar que quede algo pendiente. Lo cierto es que ambos artículos son un perjuicio para la parte, puesto que ve frustrada irremediablemente su prueba. Estos dos artículos representan otra de las razones por las que entendemos que las diligencias finales deberían haberse permitido para el juicio verbal y así no permitir que tengan lugar estos dos supuestos cuando pueden darse (y se dan) exactamente igual en la práctica del juicio verbal.

---

<sup>486</sup> PEDRAZ PENALVA, E., *Privilegios de las Administraciones Públicas en el proceso civil*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1993, pág. 103.

<sup>487</sup> PLANCHADELL GARGALLO, A., “La prueba de interrogatorio de las partes en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, pág. 442, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, Nº 2, año 2000.



## CONCLUSIONES

### I

El proceso civil debe estar siempre regido por el principio dispositivo puesto que es la base en la que se asienta su esencia : las partes son libres de acudir a los tribunales a solventar sus contiendas, o no hacerlo.

Este principio se refiere a: el inicio del proceso, la introducción de los hechos, la petición de pretensiones, la posibilidad de ponerle fin en cualquier momento, y la exigencia de congruencia en la sentencia.

Junto con este principio coexiste el principio denominado de aportación, que tiene la misma importancia que el dispositivo, ya que establece la forma en la que las pruebas son introducidas en el proceso.

A nuestro juicio ambos principios son independientes, no existe sujeción ni subdivisión, entendiéndolo simplemente que los dos principios son indispensables para la existencia del desarrollo de un proceso.

### II

La denominación del principio de aportación debe ceñirse a su contenido, y no al sujeto encargado de dicha aportación, por lo que nos parece más acertado referirnos al mismo como principio de aportación *de prueba*. Esto es así porque entendemos que si añadimos *de parte*, limitamos ya desde un principio la posible actuación del juzgador, haciendo que las pruebas sean asunto exclusivo de las partes. Además porque tras el estudio de PICÓ I JUNOY

sobre la incorrecta transmisión histórica del brocardo “Iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium”, ha quedado demostrado que se modificó el sentido que tenía en origen, haciendo que pasase a entenderse que las partes eran las únicas a las que les correspondía la solicitud de prueba. Comprobado el error no tiene sentido seguir defendiendo la exclusiva labor de las partes en el campo probatorio, tomando como base en una expresión que ha llegado a nuestros días de manera errónea.

A nuestro juicio el principio de aportación de prueba engloba tanto la actividad de las partes como la del órgano, entendiendo que la de las partes será la inicial, y la del órgano, la complementaria. Preferimos no establecer una regla general puesto que, en ese caso, la actividad del juzgador vendría precedida por el carácter de excepcionalidad, que a nuestro juicio es lo que provoca esa reticencia a su intervención. Más conveniente por tanto es referirnos a la actividad probatoria de las partes como la principal, y la del juzgador como la secundaria, pero sin que ello suponga una excepción porque no lo es, sino simplemente es una actuación complementaria posible. Una excepción tiene lugar cuando permitimos llevar a cabo algo que se sale de lo que debe ser la norma, que en este caso sería que las pruebas solo procedan de las partes, cuando nosotros venimos a defender que la actividad del juzgador debe estar presente en todo proceso como una actividad más, y completamente *normalizada*.

### III

En nuestra opinión, para que el órgano juzgador pueda disponer de iniciativa probatoria es necesario que se cumplan en primer lugar, las manifestaciones del principio dispositivo en lo referente a que la iniciación del proceso sea por las partes, éstas expongan los hechos controvertidos, y

fijen sus pretensiones. Una vez respetado esto, en segundo lugar en virtud del principio de aportación las partes deben introducir los medios de prueba con los que pretenden hacer valer sus posiciones. Y una vez cumplida esta aportación inicial de material probatorio por los litigantes, es cuando se puede plantear la posibilidad de que el juzgador pueda decretar las pruebas que estime convenientes de oficio, o por el contrario privarle de esa actuación, respetando siempre la contradicción respecto a la misma. Esta secuencia es necesaria porque con su cumplimiento entendemos, que la incorporación de iniciativa probatoria de oficio no vulnera ninguno de los principios inspiradores de la Ley.

#### IV

Con la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000 nos parece que el legislador no ha conseguido definir de forma clara su postura respecto a la iniciativa probatoria de oficio, ya que entendemos que rechazándola inicialmente en la Exposición de Motivos resulta que de forma posterior introduce dos preceptos (arts. 429.1II y 435.2) en los que parece incluirla, preceptos a nuestro juicio resultan haber sido establecidos más a modo correctivo teórico que práctico, de esta exclusión tan llamativa. Creemos que dicha iniciativa de oficio no tiene cabida en esta Ley, pues no podemos encontrar ni una sola muestra de que el órgano lleve a cabo actividad probatoria por sí mismo, sin que ésta se circunscriba a una repetición de algo ya propuesto por las partes. Exceptuando claro está, lo regulado específicamente para los procesos especiales que debido a la naturaleza de su objeto procesal, sí la permiten. Los arts. 429.1.II y 435 de la LEC por tanto entendemos, que no regulan en ningún caso ni que pueda acordar prueba de oficio tras la indicación de insuficiencia probatoria, ni que el órgano pueda

acordar una prueba de oficio que no sea volver a realizar una ya solicitada por las partes, acordada y practicada.

No compartimos la nueva orientación tan restrictiva de la LEC, pues consideramos que al igual que la Constitución Española proclama que las partes deben contar con todos los medios posibles para su defensa, creemos que el juzgador a su vez necesita todos los instrumentos que le faciliten la elaboración de la sentencia, entendida y queremos poner énfasis en esto, como el resultado de hacer Justicia. Cuando un juez dicta una sentencia se entiende que se ha hecho justicia, y esa actuación del juez tiene consecuencias por lo que consideramos imprescindible que cuente con todo aquello que pueda precisar en el momento de elaborarla. Creemos que debería devolverse al juzgador la facultad de iniciativa probatoria de oficio, condicionada a un momento procesal y a unos límites que hagan respetar los principios inspiradores y las garantías del proceso. De esta forma, el Juez dispondría de medios propios con los que resolver dudas y no tener así que recurrir como actualmente ocurre inevitablemente, a las reglas de la carga de la prueba.

## V

A partir de los dos supuestos de iniciativa probatoria de oficio que en principio recoge la LEC en los arts. 429.1.II y 435, podemos configurar una clase nueva dentro de la evolución de la figura del juez ('boca de la ley, omnipresente, e imparcial'), acorde con la situación actual: *el juez vidente*.

Por un lado, el juez debe anticiparse y saber el hecho de que el material probatorio va a resultar insuficiente en un momento posterior atendiendo al art. 429.1.II LEC, y por otro lado, porque debe estar completamente seguro de que el resultado de la práctica de una prueba va a

ser satisfactorio antes de que ésta se lleve a cabo (art. 435.2 LEC). Por esto es por lo que entendemos que en ambos artículos, se le está exigiendo al juez un acto de predicción de los resultados de las pruebas, que para el supuesto del art. 435.2 LEC, además resulta ser un requisito previo para ejercer dicha iniciativa probatoria de oficio.

## VI

El momento procesal idóneo para llevar a cabo la iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil, entendemos que tendría que ser dentro de la fase final destinada a elaborar la sentencia. Lo creemos así, porque es en ese momento cuando el juzgador dispone de todo el material acerca del caso, es decir, las partes han presentado lo que han creído conveniente, se ha celebrado el acto del juicio en el que se han debatido los hechos controvertidos delante del órgano, éste ha podido intervenir pidiendo aclaraciones, y ha quedado en principio la totalidad de actuaciones realizada. Por lo que un acto que haga el juez en ese momento posterior, será para sí mismo dentro del periodo específico que la Ley le concede. El proceso está ideado para que los litigantes sean los que actúen, los que se esfuercen en conseguir sus pretensiones, los que recopilen y aporten todas las pruebas con las que defender sus posturas. Y esto deben hacerlo frente a un juez, que entendemos tiene que mantenerse al margen durante todo este periodo en cuanto a iniciativa probatoria se refiere, puesto que no es su momento sino el de las partes, y por tanto debe evitar cualquier intervención que pudiese desigualar sus posiciones. Posteriormente cuando termine el juicio o la vista, sí debería contar con la iniciativa probatoria de oficio porque ya no podría perjudicar a ninguna parte, en el sentido de sentirse alguna en desventaja por la prueba acordada de oficio, puesto que pudieron actuar libremente como quisieron al planear su estrategia.

Con esto no venimos a decir que el hecho de que el juez goce de iniciativa probatoria de oficio durante todo el procedimiento suponga una vulneración de su imparcialidad, en todo caso entendemos de la igualda de partes, puesto que como hemos visto hay regulaciones que así lo contemplan como la francesa; es simplemente que nos decantamos porque tenga lugar al final del proceso, considerando que las partes deben actuar en solitario durante el desarrollo del proceso sin que el juez intervenga al mismo tiempo en ese sentido, y que aquellas que le pueden hacer falta tras la actividad de las partes, acordarlas de forma posterior y no de manera inicial junto a éstas. El juzgador debería intervenir solo de forma complementaria a la actividad desarrollada por las partes, que termina en el momento en el que se abre el plazo para dictar sentencia, de ahí que optemos por su actuación a partir de este momento, además que será cuando se haya recogido toda la información del caso.

## VII

Respecto al art. 429.1.II LEC cabe señalar que, pese a que viene a incluirse dentro de los supuestos que se recogen como muestra de iniciativa probatoria de oficio, este artículo entendemos que no conlleva en ningún caso la posibilidad de acordar pruebas de oficio sino una intervención diferente.

En primer lugar, queremos señalar que la advertencia de insuficiencia probatoria nos parece que se trata de una obligación, y por tanto el órgano debe exponer en la audiencia previa los hechos que a su juicio se van a ver afectados por un material probatorio incompleto, en atención a la redacción de la Ley. Si no lo cumple, podría conllevar como consecuencia la nulidad de actuaciones hasta ese momento, siempre que así fuese estimado

por la Audiencia al entender que se ha basado la sentencia en una falta de prueba que debió estimarse a través de dicho artículo.

Este precepto resulta complicado en su interpretación y fijación de límites, por lo que siendo a su vez de realmente escaso uso en la práctica, consideramos que su supresión de la Ley sería más acertada que su permanencia en la misma. Esto es así, porque aun sabiendo que a través del mismo el juez no cuenta con la facultad de decretar la prueba que considera oportuna, parece desacertada esta forma de intervención en este momento por varios motivos. El primero es que atendiendo al momento procesal, nos parece que hasta que se inicie el periodo para dictar sentencia el juez no debe participar activamente en la fijación de las pruebas como es el caso. En segundo lugar, porque entendemos que el juez al aplicar este artículo sí está sustituyendo la labor que corresponde a las partes que es lo que la jurisprudencia y la propia Exposición de Motivos ha establecido como improcedente, puesto que parece lógico que la advertencia del juzgador la tome en consideración la parte. De esta forma va a aportarse una prueba con la que antes no se contaba, y que debía haber traído la parte por sí misma al proceso y no hacerlo por indicación del juez, es decir, algo que era misión exclusiva de las partes ha sido realizada por el órgano. Luego el juzgador está modificando el material probatorio inicialmente aportado, pudiendo hacer que una parte quede y se sienta en desventaja. Y en tercer lugar, esta advertencia nos viene a parecer un ‘yo os digo lo que tenéis que hacer, porque yo directamente no puedo hacerlo’, y en el caso de que la parte no haga caso de la indicación, no se encuentra sentido a que el juzgador exponga una falta de prueba que no va a poder corregirse de ninguna manera.

## VIII

Consideramos que el legislador no ha sido estricto en el respeto de esta nueva orientación del texto legal porque si bien, ha eliminado una institución histórica (las diligencias para mejor proveer) al considerarla una intromisión en los deberes de las partes y por tanto un quebrantamiento de los principios inspiradores, no entendemos cómo introduce el art. 429.1.II que rompe con todo lo que el legislador se supone pretendía defender, como la imparcialidad, la aportación de parte o la igualdad de armas. Con el art. 429.1.II vemos una iniciativa probatoria de oficio encubierta, que sin duda resulta enrevesada en cuanto que el juez actúa a través de las partes porque por sí mismo no puede. Y esta actuación por vía de los litigantes es más peligrosa, puesto que beneficia a una de ellas quebrando su igualdad.

Por todo lo expuesto nos inclinamos hacia una supresión de dicho artículo, porque nos parece una inoportuna intervención del juzgador en un momento en el que su participación influye en la preparación y en el desarrollo del juicio. A nuestro juicio es demasiada colaboración, con el riesgo de vulnerar una serie de principios que por otro lado, tanto tratan de salvaguardarse.

## IX

Respecto a la imparcialidad, debemos completar con dos matizaciones; la primera afecta dentro nuestro sistema judicial al proceso administrativo y al procedimiento laboral, mientras que la segunda hace referencia al procedimiento civil francés.



En los procedimientos contencioso-administrativo y laboral las diligencias para mejor proveer siguen estando vigentes a día de hoy, hasta que una reforma en todo caso las suprima siguiendo la línea de la vigente LEC. Al ser el peligro de pérdida de imparcialidad una de las razones argumentadas para suprimir la iniciativa probatoria de oficio que con las diligencias para mejor proveer tenía supuestamente lugar, es inevitable entender que por tanto en estas jurisdicciones en las que sí se permiten, la imparcialidad queda quebrada constantemente. Desde luego no compartimos esa opinión pues si así fuese, consideramos que a raíz de la modificación de la LECA igualmente se hubiese podido llevar a cabo en ese sentido una reforma de las leyes contencioso-administrativas y laborales, cuestión que a día de hoy, no ha tenido lugar. Y si los órganos de esas jurisdicciones siguen haciendo uso de las mismas, es porque en ningún caso la imparcialidad queda dañada. Además que de la misma forma podríamos entender que el juez civil la ha estado quebrando, durante los siglos que sí se permitieron. Igualmente esta imparcialidad quedaría por tanto vulnerada en los procesos no dispositivos, en los que el juez goza de una amplia iniciativa probatoria de oficio lo cual tampoco parece que tenga lugar.

En lo que respecta al Derecho Francés, si la intervención en materia probatoria de oficio del juzgador la consideramos inadecuada por temor a vulnerar la imparcialidad, es claro que entonces debemos entender que el juez francés, que a través del art. 10 del NCPC puede solicitar cuantas diligencias estime conveniente, pierde su imparcialidad constantemente. Esto como es lógico no puede ser así, y por tanto pensamos que no puede tomarse la pérdida de imparcialidad como argumento que sostenga la inviabilidad de la iniciativa probatoria de oficio.

## X

De cara a una eventual reforma de la LEC, consideramos positiva una actuación del juzgador en la línea de las antiguas diligencias para mejor proveer devolviéndole por tanto la iniciativa probatoria de oficio, añadiendo a ésta la nueva institución de las diligencias finales, pues creemos que éstas poseen unos importantes aspectos favorables que deberían mantenerse. Los límites a la misma deberían consistir en preservar todas las garantías de los justiciables, la igualdad entre las partes, la contradicción, los principios inspiradores del proceso, y la imparcialidad del juzgador.

Nuestra propuesta es la de configurar una nueva figura jurídica que suprimiría las diligencias finales actuales, para dar paso a una institución que estableciese un modelo compartido con características de las antiguas diligencias y de las actuales. Para esto nos vamos a ocupar de extraer los aspectos positivos de ambas instituciones con el fin de crear las nuevas diligencias, que tratarían de resolver por un lado los defectos de las primitivas, y por otro lado, poner fin a las diligencias finales actuales que no han tenido la acogida esperada, y que se han traducido en un escaso uso en la práctica.

## XI

Para la composición de nuestra propuesta comenzaremos, atendiendo a su orden cronológico, a extraer en primer lugar los puntos favorables de las diligencias para mejor proveer, para después hacerlo de la misma manera con las diligencias finales.

De las diligencias para mejor proveer nos vamos a centrar en la redacción última que tuvieron tras la reforma del año 1984, puesto que es la que consideramos más acertada, al poner fin ya en gran medida a los problemas de los que históricamente venían adoleciendo. Lo más relevante a nuestro juicio, y que de hecho supone la razón por la que queremos tomar de nuevo en consideración esta figura, es su finalidad. Nos parece fundamental que el juzgador disponga de un medio para eliminar las posibles dudas que le hayan quedado a la hora de dictar sentencia. Si suprimimos este instrumento, estamos aceptando la situación que puede ocurrir de que el juez se vea obligado a dictar su fallo, sin tener claros todos los puntos del proceso. Actualmente esta situación se soluciona recurriendo a la aplicación de las cargas de la prueba, considerando por nuestra parte como más acertado que el juez disponga de medios para lograr su plena convicción.

Otro aspecto destacable de estas diligencias es el momento en el que se llevaban a cabo pues nos parece el idóneo, este es, justo una vez abierto el plazo para dictar sentencia ya que es cuando el juzgador se retira para hacer un trabajo individual, y las partes han realizado su tarea. También compartimos de las diligencias para mejor proveer el hecho de que pudiesen ser acordadas en todo tipo de procedimientos, así como en todas las instancias.

Respecto a las actuales diligencias finales nos parece que introducen una novedad de gran utilidad. Esto es así, porque entendemos que ha sido acertado por parte del legislador el otorgar la posibilidad a las partes de poder completar el material probatorio que presentaron, y que por alguna causa no imputable a ellas no haya podido llevarse al efecto. Por tanto corrigen los errores que hayan podido acontecer durante el desarrollo de la práctica de las pruebas propuestas, y que hayan llevado a dejar sin practicar material

probatorio de interés. Destacamos de las diligencias finales también su función entendida como reparadora, ya que permiten que se practiquen de nuevo pruebas que quedaron frustradas, y que sean las partes las que puedan solicitarlas otra vez. Además, encontramos también de interés la posibilidad que conceden las diligencias finales de dar a conocer hechos nuevos o de nueva noticia que han acontecido, o de los que se ha tenido conocimiento tras la práctica del juicio o de la vista, evitando el hecho de tener que acudir a la apelación. Igualmente, el cambio del legislador estableciendo la forma de autos resulta positivo en cuanto entendemos que el juez debe motivar sus decisiones, y las partes siempre deben tener la posibilidad de interponer recurso sobre aspectos tan importantes como en este caso es la configuración del material probatorio. El juzgador es libre de acordarlas o no, pero la parte a través de este recurso puede mostrarle quizá otro punto de vista sobre su conveniencia o inconveniencia, por lo que nos parece acertada la decisión del legislador de la LEC.

## **XII**

Una vez que hemos analizado los aspectos óptimos de ambas instituciones, nuestra propuesta se basaría en la creación de una figura con la que intentamos ofrecer una alternativa a la situación actual.

La figura jurídica que proponemos serían unas diligencias probatorias configuradas a partir de la fusión de ambas regulaciones, de esta forma otorgarían potestad al juez para llevar a cabo iniciativa probatoria de oficio como hacían las diligencias para mejor proveer, e incorporarían a su vez la posibilidad de que las partes puedan solicitar la práctica de pruebas frustradas, a modo de las actuales diligencias finales. Lo que tratarían es de por una parte, resolver las posibles dudas del juzgador a la hora de elaborar su

sentencia, y de otra parte, resolverían la situación con la que se encuentran las partes cuando pruebas de interés, útiles y pertinentes puesto que fueron admitidas, han quedado sin practicarse por causas ajenas a su modo de proceder.

Estas diligencias se dividirían en tres clases atendiendo al sujeto que las solicita, y la función que se les encomienda; todas cumplen con el cometido principal que es ayudar a resolver, pero cada una de ellas se centraría en un aspecto diferente.

### XIII

En siguiente lugar, vamos a realizar un análisis de cada tipo de nueva diligencia que vendríamos a proponer.

- 1) Diligencia cuya finalidad sería la de aclarar las posibles dudas *del Juzgador*.

Este tipo es el que vendría a establecer unas diligencias a modo de las antiguas para mejor proveer, que devolverían y por tanto dotarían al juez de iniciativa probatoria de oficio para acordar las pruebas que estimase convenientes, con el fin de aclarar posibles puntos dudosos. Mediante estas diligencias, podría decretar cualquier medio de prueba de los que establece con carácter general la LEC, teniendo en cuenta que nunca podrían servir para que el juez introdujese hechos nuevos, debiendo quedar sujeto a la información contenida en los autos. Este tipo de diligencias son propias del Juzgador.

2) Diligencias cuya función sería la de *repetir* la solicitud de práctica de prueba.

Mediante las mismas, las partes tendrían la posibilidad de solicitar nuevamente la práctica de una prueba que no haya podido realizarse por causas ajenas a ellas, es decir, que no se les puedan imputar a raíz de una conducta negligente. Este tipo equivaldría al supuesto recogido en el art. 435.1.2º LEC, que nos parece de gran utilidad práctica, y además recogería también que las partes pudiesen solicitar la repetición de una prueba que no arrojó el resultado esperado, cubriendo igualmente el supuesto del art. 435.2 LEC. Las partes la solicitarían al juzgador, quien decidiría por auto su admisión o no, atendiendo a los requisitos establecidos previamente por la Ley que serían: que se trate de pruebas propuestas y admitidas en el momento procesal oportuno, y que no hayan podido realizarse o hayan arrojado un resultado que no era el esperado debido a unas circunstancias impeditivas. De ahí que la denominación de repetición, se ajuste a ambas situaciones ya que por un lado se repite la solicitud de la práctica, y por otro la repetición de la práctica.

3) Diligencias cuya función sería la de practicar prueba sobre *nuevos conocimientos* relevantes para el proceso.

Mediante estas diligencias las partes podrían solicitar que se realice prueba sobre un hecho acontecido, o del que han tenido conocimiento posteriormente a la celebración del juicio o la vista, o prueba sobre nuevas noticias acerca de los hechos ya conocidos. Es decir, contemplarían la práctica de prueba sobre todo aquello que pudiese surgir en torno a un nuevo conocimiento tanto de hechos, como de noticias sobre hechos, que

revistiesen un carácter de relevancia determinante para la decisión final del juzgador.

#### XIV

Los tres tipos de diligencias compartirían la función en último caso de ayudar a resolver al juzgador, pero vendrían diferenciadas por el sujeto que las solicitaría. Las primeras podrían ser acordadas por el Juez, mientras que la segunda y la tercera, tendrían como sujeto activo a las partes en su solicitud.

El *momento procesal* para su acuerdo en el caso de ser necesarias, sería una vez abierto el plazo para dictar sentencia, con el efecto de la interrupción del mismo. Con esto trataríamos de evitar dudas posteriores sobre el plazo que tendrá el juzgador para resolver si se llevase a cabo alguna de estas diligencias. Corregiríamos de esta forma la suspensión actual establecida en la LEC, puesto que como expusimos anteriormente, consideramos que existe una contradicción al recogerse la suspensión, pero en cambio se vuelva a computar por entero el plazo de veinte días tras el acuerdo de las mismas. Las razones para esta ubicación las encontramos en que no consideramos oportuno la intervención del juez durante el desarrollo del proceso, sino dentro de la apertura del plazo para la elaboración de la sentencia. Una vez abierto el mismo y contando entonces el juzgador con todo el material sobre el caso, es cuando podrán surgirle cuestiones acerca de algún extremo. Consideramos que es en este momento cuando realmente el órgano puede hacer una válida valoración de lo todo lo aportado.

Entendemos que lo adecuado sería la solicitud de las mismas por escrito una vez finalizado el acto del juicio, y no de forma oral al final de éste, ni el acuerdo igualmente en ese momento por parte del órgano. La razón la

encontramos en que puede conllevar una decisión por parte del juzgador quizá precipitada, cuando lo preferible a nuestro juicio es, tratándose del derecho a la prueba, que éste decida sobre su admisión una vez que cuenta con el tiempo y con la dedicación suficientes. Puede parecer no necesario o excesivo que se tenga que hacer por escrito por las razones argumentadas, pero si consideramos que la parte en ese caso acudiría a apelación, siempre será preferible que el órgano por lo menos lo decida sin la presión del momento, aunque finalmente la rechace. Si las diligencias solicitadas por las partes cumpliesen los requisitos establecidos, a nuestro juicio el órgano debería quedar obligado a su admisión pese a que a la vista del material crea no necesitarlas, puesto que en estos casos la discrecionalidad del juzgador juega en contra del derecho de prueba de las partes, que es a lo que creemos se debería dar primacía.

La *forma* del acuerdo o de la denegación por parte del juzgador sería en los tres casos la de auto para que de esta manera por una parte, el juzgador quedase obligado tanto en su acuerdo como en su inadmisibilidad a motivar los fundamentos de su decisión, y de otra parte los litigantes pudiesen si lo creen oportuno, presentar un recurso de reposición dentro de los cinco días siguientes a su notificación. Así podrían solicitarse nuevamente en apelación tras el rechazo, atendiendo al art. 460.2.1º LEC pues constaría dicho recurso que es requisito imprescindible. Si dichas diligencias fueron solicitadas y acordadas pero no pudieron practicarse, podrían volver a solicitarse en apelación esta vez con base en el art. 460.1.2º de la LEC.

Respecto al *ámbito de aplicación*, estas diligencias tendrían cabida tanto en el juicio ordinario como en el juicio verbal, pues entendemos que las mismas dudas le pueden surgir al juzgador tanto en uno como en otro, así como las partes poder haber encontrado dificultades en la práctica de las



pruebas que propusieron, o tener conocimiento de hechos nuevos, o de nuevas noticias. Igualmente, estas diligencias podrían acordarse dentro de los procedimientos especiales no dispositivos, pues aunque la Ley ha reconocido para el juzgador poderes más amplios de iniciativa probatoria en éstos, parece interesante que las partes asimismo cuenten con las posibilidades que les ofrecen las diligencias finales. Luego quedaría ampliada la situación del año 2000 en la que se deja al juicio verbal en una situación, a nuestro parecer, de desventaja en cuanto al material probatorio, y respecto a los procedimientos especiales las partes van a poder ejercer su derecho de defensa de forma más completa. En nuestra opinión, siempre será mejor la prolongación del plazo de dos meses como máximo desde su acuerdo hasta la valoración final tras su práctica, que una apelación que en la actualidad tiene una duración aproximada de un año, o año y medio. Y por tanto, no llevar al extremo la defensa de la concentración a costa de dejar pruebas sin practicar que pueden afectar al fallo, con el posible perjuicio que puede tener para el justiciable al que le interesa una resolución rápida, pero sin sacrificar medios para que sea la más justa.

Respecto a la segunda instancia, entendemos que tendrían cabida las diligencias ya que efectivamente también le pueden surgir aquí dudas al órgano que han de poder ser resueltas, otorgándole por tanto la facultad de acordar de oficio las pruebas que estimase convenientes. De la misma forma que las diligencias instadas por las partes tendrían admisibilidad también en esta instancia, pues pueden encontrarse con la situación de que no hayan podido practicarse pruebas solicitadas y acordadas por la Audiencia, o que alguna no haya arrojado el resultado esperado por causas impositivas, desaparecidas posteriormente. Lo que entendemos que quedaría fuera de esta instancia sería la diligencia sobre hechos nuevos o de nueva noticia ya que, el art. 460.2.3º LEC deja cubierto el supuesto de aquellos conocidos o acaecidos

durante el periodo destinado a la sentencia de primera instancia, y otros hechos posteriores no tendrían cabida en la misma, luego dicha diligencia no sería de aplicación en este momento.

Tras la realización de las diligencias, las partes dispondrían de cinco días para realizar un *escrito de valoración del resultado*, salvaguardando la contradicción, y con el que quedaría respetado su derecho de defensa a raíz de la práctica de una prueba que puede perjudicarles.

El *plazo* para su acuerdo o solicitud sería el de veinte días pues es lo que dura el periodo para dictar sentencia en el juicio ordinario, y sería de diez días si estuviésemos en un juicio verbal. Si fuesen acordadas, el plazo para la sentencia quedaría interrumpido volviendo a computarse por entero los veinte o los diez días dependiendo del proceso, tras los escritos de valoración presentados por las partes. Para el caso de la segunda instancia, deberían solicitarse por las partes o acordarse de oficio por el juzgador o bien dentro de los diez días establecidos para dictar sentencia en caso de que se celebre vista, o dentro del plazo de un mes para el supuesto en el que no se celebre. De igual forma ambos plazos quedarían interrumpidos volviendo a computarse tras la práctica de la diligencia, o los diez días o el mes que el art. 465 LEC establece. La práctica de las diligencias debería llevarse a efecto en un plazo de veinte días, teniendo las partes intervención en dicha práctica, salvo que el medio probatorio utilizado no la requiriese (por ejemplo, un exhorto).

Quedaría de esta forma elaborada una propuesta de modificación de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil, proponiendo la derogación de los actuales artículos 429.1.II, 434, 435, y 436, considerando como posible una nueva redacción que incorporase estas diligencias probatorias ('del juzgador', 'de repetición' y 'de nuevo conocimiento'), incluyendo además la regulación

específica para la segunda instancia, y su inclusión dentro de los procesos especiales. Su pretensión se centraría en intentar solucionar vacíos existentes en el texto legal, ampliar la regulación de las diligencias actuales, y tratar de proporcionar al proceso civil todas las garantías con las que el justiciable entendemos debería contar para obtener lo que pretende; esto es, Justicia.



## **INDICE JURISPRUDENCIAL**

### **Tribunal Constitucional**

- **STC 25 de abril de 1984 [RTC 1984\251]:** en relación con las diligencias para mejor proveer expone que, el proceso civil se rige por el principio dispositivo pero éste no tiene carácter absoluto. El legislador ha establecido unos límites al mismo como son dichas diligencias, con el fin de que pueda dictarse una resolución justa de los intereses en juego.

- **STC 12 de junio de 1987 [La Ley 828-TC/1987]:** el Tribunal Constitucional explica que motivar una Sentencia supone exponer claramente cual ha sido el fundamento de Derecho adoptado, sin que el órgano que la dicte esté obligado a una extensión, una intensidad o un determinado alcance en el razonamiento.

- **STC 20 de junio de 1994 [RTC 1994\181]:** la indefensión nunca puede ser algo potencial o en abstracto, debe colocar a su víctima en una situación concreta que le produzca un perjuicio. Debe conllevar la privación o limitación, menoscabo o negación del derecho de defensa en un proceso público.

- **STC 13 de octubre de 1992 [RTC 1992\137]:** las diligencias para mejor proveer no constituyen un instrumento hábil para que la parte pueda introducir nuevas alegaciones al proceso, sino un recurso excepcional que dispone el Juzgador para una vez que ha concluido el juicio y antes de dictar sentencia,

complementar el material probatorio aportado siempre y cuando dicha prueba recaiga sobre el *thema probandi*.

- **STC 12 de febrero de 2009 [RTC 2009\43]**: la recurrente alega que la diligencia final no fue solicitada por la parte ni estaba dentro de los requisitos del art. 435.2 LEC, y que no fue acordada por auto. El Tribunal Constitucional expone que se trata de una “prueba sobre prueba” para cerciorarse de unos extremos, y que la forma -auto o providencia- que estuvo motivada, no tiene importancia.

### **Tribunal Supremo**

-**Sala Primera, 1 de febrero de 2000 [RJ 2000\620]**: las diligencias para mejor proveer son ajenas a la disponibilidad de las partes, siendo por tanto de iniciativa judicial. Los requisitos deben cumplirse, pero si no es así, no constituye una irregularidad procesal; solo en casos extremos puede ser tenido como esencial, y en casos muy extremos dar lugar a indefensión.

-**Sala Primera, 29 de marzo de 2005 [RJ 2005\3881]**: las diligencias para mejor proveer al tratarse de una facultad judicial no dan lugar a recurso alguno, incluido el extraordinario de casación, tanto si el tribunal decidió acordarlas como si no. El plazo es solo orientativo, su exceso no es causa de nulidad.

-**Sala Primera, 31 de diciembre de 1992 [RJ 1992\10668]**: las diligencias para mejor proveer se rige por sus propias normas establecidas en los artículos específicos para éstas de la Ley, y no por las que regulan el medio de prueba en concreto.

**-Sala Primera, 3 de abril de 2001 [La Ley 7971/2001]:** la parte alega indefensión al acordar el Tribunal una diligencia para mejor proveer, a lo que el Alto Tribunal expone que pese a que no cabe recurso contra éstas, la parte debió efectuar la protesta oportuna y en ningún momento alegó indefensión sino que se limitó a valorar su resultado en el escrito de valoración.

**-Sala Primera, 11 de marzo de 2002 [RJ 2002\3897]:** las diligencias para mejor proveer no son susceptibles de recurso alguno, ni de recurso de casación; al ser potestad exclusiva del órgano, si una vez acordadas no se practicaron debido a su dificultad, la parte no puede instar a su práctica.

**-Sala Primera, 31 de marzo de 1989 [RJ 1989\2288]:** estimando el recurso interpuesto el Alto Tribunal declara la nulidad de las actuaciones del Juzgado de Primera Instancia al haber obviado la intervención de las partes cuando, tras la reforma del año 1984, ésta ha pasado a ser preceptiva.

**-Sala Primera, 9 de mayo de 1988 [RJ 1988\4023]:** las deficiencias en el desarrollo de las diligencias para mejor proveer deben dar lugar a la correspondiente corrección disciplinaria para el Juez que las cometió, por lo que en este caso concreto debe darse intervención a las partes en su práctica, retrotrayendo las actuaciones. Se trata de normas imperativas y no de normas dispositivas, que su incumplimiento ha causado indefensión a la parte.

**-Sala Primera, 25 de enero de 1995 [La Ley 331/1995]:** la congruencia de la sentencia resulta de la comparación entre lo postulado en la demanda y del fallo, sin que su exigencia alcance a los razonamientos de las partes ni del Tribunal. Las sentencias absolutorias no pueden tacharse de incongruentes, puesto que resuelven todas las cuestiones suscitadas.

**-Sala Primera, 8 de noviembre de 1991 [RJ 1991\7941]:** las diligencias para mejor proveer son una facultad exclusiva del juzgador sin acceso a la casación, puesto que no son formalidades esenciales del juicio. No obstante, su acuerdo debe basarse en la moderación para no suplantar a las partes y vulnerar los principios rectores. La petición de las partes solo puede suponer una llamada de atención del Tribunal, y aunque la petición no está prohibida, ésta no merma la discrecionalidad en su adopción.

**-Sala Primera, 6 de junio de 1991 [La Ley 2548/1991]:** las diligencias para mejor proveer son actos de instrucción que sirven para un evidente logro de una justicia real y efectiva. El periodo prevenido del art. 341 LECA si se incumple es mera anomalía procesal y en ningún modo motivo de casación.

**-Sala Primera, 7 de julio de 1990 [RJ 1990\5781]:** el acuerdo de las diligencias para mejor proveer no supone una obligación para el Juez tal y como revela el término ‘podrán’, por lo que su no adopción no genera la posibilidad de un recurso. Estas diligencias se llevan a cabo dentro de una función propiamente inquisidora.

**-Sala Tercera, 16 de octubre de 1998 [Cendoj 28071300611998106371]:** el fundamento del art. 340 LECA es que las diligencias para mejor proveer se adopten cuando los medios probatorios han sido insuficientes, o han carecido de eficacia, o porque el juzgador no ha alcanzado la convicción moral y material suficiente para decidir en Derecho.

**-Sala Primera, 28 de junio de 2008 [RJ 2008\4262]:** la congruencia en la sentencia implica la correlación entre los pedimentos de las partes y el fallo, pero teniendo en cuenta el petitum y la cusa petendi, incluye lo que se pidió al juez y la razón de esa petición.



**-Sala Tercera, 2 de noviembre de 2004 [La Ley 228837/2004]:** las diligencias para mejor proveer no pueden servir en ningún caso para desplazar al Tribunal la carga de la prueba.

**-Sala Tercera, 29 de marzo de 2005 [La Ley 69827/2005]:** el Tribunal no dio a las partes la posibilidad de realizar en tres días las valoraciones sobre las diligencias para mejor proveer acordadas, por lo que una de las partes presentó recurso de súplica que el Tribunal tampoco resolvió. El Alto Tribunal ordena retrotraer las actuaciones para que se resuelva sobre el recurso interpuesto.

**-Sala Primera, 14 de noviembre de 1994 [La Ley 14204/1994]:** la esencia de las diligencias para mejor proveer es contraria a su aptitud para formalizar recurso alguno. No obstante la dificultad de casación, no implica que escapen a todo control cuando se abuse o se impida la intervención de las partes, lo que causará la nulidad.

**-Sala Primera, 20 de febrero de 2003 [La Ley 11244/2003]:** las diligencias para mejor proveer suponen una excepción al principio de rogación ya que el Tribunal ejercita iniciativa probatoria reservada a las partes como regla general, pero que no constituyen irregularidad porque la Ley las recoge, siempre que no vayan en contra de la imparcialidad.

**-Sala Tercera, 20 de diciembre de 2007 [La Ley 216931/2007]:** las diligencias para mejor proveer o diligencias finales no constituyen infracción jurídica alguna puesto que no constituyen formalidades del proceso, sino que son una facultad del Tribunal, y no son derechos procesales de las partes.

**-Sala Primera, 8 de febrero de 2000 [La Ley 5652/2000]:** el hecho de que el Tribunal goce de cierto margen de iniciativa probatoria no vulnera el principio dispositivo, siempre que no se dedique a investigar convirtiéndose en parte. No deben entenderse limitadas a un solo proveído, sino que se podrán acordar cuantas sean necesarias para alcanzar la eficacia buscada.

**-Sala Cuarta, 4 de octubre de 1995 [La Ley 2108/1996]:** la iniciativa probatoria de oficio por el juez, como la que realiza con las diligencias para mejor proveer, se ajusta más al principio de investigación que a su contrario, el de aportación, sin que ello libere a las partes de la obligación que tienen de demostrar sus pretensiones.

**-Sala Cuarta, 15 de abril de 2003 [La Ley 12882/2003]:** la intervención de las partes en la realización de la prueba pericial del caso es preceptiva, por lo que al haberse obviado, cabe la casación y la vuelta a dicho momento para que las partes puedan intervenir.

**-Sala Primera, 3 de diciembre de 1991 [RJ 1991\8909]:** finalmente una prueba acordada como diligencia para mejor proveer no se lleva a cabo tras varios intentos a distintas instituciones; la parte alega una irregularidad de todas formas debido al retraso que ha conllevado a lo que el Alto Tribunal contesta que el retraso en la práctica aunque suponga una irregularidad efectivamente, no puede invocarse como razón enervatoria de la eficacia del valor probatorio de la misma para casación.

**-Sala Primera, 2 de diciembre de 1987 [La Ley 53987-JF/0000]:** respecto a los poderes del Juez en los procesos no dispositivos dentro de un proceso de divorcio, estima que no puede de oficio establecer la pensión compensatoria, ni iniciarse el procedimiento de esta manera, ya que impera el principio

dispositivo, en el que se integra el de rogación por el cual la iniciación aparece integrada al titular del derecho sustantivo.

**-Sala Primera, 21 de mayo de 2009 [RJ 2009\3032]:** en relación a la facultad del art. 429.1.II el Tribunal acordó una pericial no solicitada por la parte actora por lo que recurre la parte alegante. El Alto Tribunal entiende que está amparado en un precepto legal por lo que solo la desproporción, ilogicidad o la arbitrariedad de la medida permite su crítica.

**-Sala Cuarta, 2 de marzo de 1992 [La Ley 14641-R/1992]:** estima el recurso de casación interpuesto por quebrantamiento de forma ya que se privó a la parte de intervenir en la práctica de la diligencia para mejor proveer, no se le dio traslado para poder hacer las valoraciones, y no resolvió el Tribunal el recurso interpuesto en el que la parte protestaba por esta actuación.

**-Sala Cuarta, 12 de marzo de 1990 [La Ley 885-4/1990]:** se entiende vulnerado el derecho de la parte a intervenir en la práctica de una diligencia para mejor proveer, e igualmente su derecho a hacer las valoraciones que estime, en cumplimiento de la LECA, supletoria en el Proceso Laboral, ya que gozan de una mejor acomodación a la contradicción y al derecho de defensa.

**-Sala Primera, 16 de julio de 2004 [RJ 2004\5178]:** en un proceso de filiación el Alto Tribunal entiende que una prueba pericial como es la verdad biológica, acordada por el Tribunal no puede ser recurrida ya que la nueva legislación la desvincula incluso del principio de aportación de parte, pues es absolutamente necesaria mas cuando queda afectado el estado civil de las personas.

**-Sala Primera, 16 de mayo de 2007 [RJ 2007\3111]:** las diligencias finales aunque no vienen contempladas en la segunda instancia, lo cierto es que

tampoco están prohibidas por el art. 465 LEC, debiendo prevalecer el derecho a la tutela judicial efectiva ante una imprevisión de la ley.

**-Sala Primera, 12 de noviembre de 2008 [RJ 2008\7128]:** las diligencias finales vienen contempladas para el juicio ordinario pero teniendo en cuenta que el art. 24 C.E proscribire la indefensión, se deben admitir en los juicios verbales, puesto que el art. 447 LEC no las prohíbe expresamente, al igual que en el trámite de apelación.

**-Sala Primera, 6 de octubre de 2009 [JUR 2009\443966]:** se inadmite el recurso de casación interpuesto como consecuencia del acuerdo de unas diligencias finales ya que al tener éstas naturaleza procesal, debe ser en todo caso a través del recurso extraordinario por infracción procesal, el medio utilizado.

**-Sala Primera, 6 de junio de 2008 [RJ 2008\4240]:** la congruencia implica una correlación entre los pedimentos de las partes espontánea y consecuentemente deducidos y el fallo. Implica que el Juzgador resuelva sobre todos los puntos de forma nítida, pero no por un paralelismo servil con las alegaciones y argumentaciones de las partes.

**-Sala Primera, 28 de enero de 2008 [La Ley 460/2008]:** el principio de contradicción es una exigencia ineludible ya que es una manifestación de un proceso con todas las garantías, por lo que requiere del órgano un indudable esfuerzo para preservar los derechos de defensa y la igualdad.

**-Sala Primera, 31 de octubre de 2006 [JUR 2006\256013]:** no prospera el recurso de casación interpuesto en relación con aspectos del art. 435 LEC sobre las diligencias finales, ya que incurre en causa de inadmisión del art. 483.2.1ª,

por interposición defectuosa al tratar cuestiones que no pertenecen al ámbito de la casación.

**-Sala Primera, 20 de junio de 2008 [RJ 2008\4706]:** la incongruencia no puede ser apreciada por entender la parte que la sentencia no comparte lo que pretendía la recurrente. Es la correlación de las pretensiones correctamente deducidas por las partes y el fallo del tribunal.

**-Sala Primera, 12 de abril de 2007 [JUR 2007\115079]:** en esta Sentencia el Tribunal Supremo se refiere a las diligencias finales como “el art. 435 en cuanto a que éste regula las diligencias de prueba (al modo de las antiguas para mejor proveer)”, como si fuera lo misma figura.

**-Sala Primera, auto de 24 de marzo de 2009 [JUR 2009\185741]:** se acordó una pericial en la audiencia previa, y el órgano acordó a través de diligencia final su ampliación, por lo que la parte recurre al entender que no se han dado los requisitos establecidos en el art. 435, pero el Alto Tribunal entiende que se actuó dentro de la legalidad basándose en el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes.

**-Sala Segunda, auto de 10 de febrero de 2009 [JUR 2009\99591]:** la parte alega indefensión tras la inadmisión de unas diligencias finales, a lo que expone el Alto Tribunal que éstas sirven para aclarar puntos oscuros y no es lo que pretende la parte, sino que ésta quiere que se repita la prueba ya que no está conforme con el resultado. En este caso la parte debió acudir al art. 381.3 LEC, alegando y complementando lo necesario.

**-Sala de lo Militar, auto de 17 de octubre de 2005 [JUR 2005 \235324]:** concurren en el caso los fundamentos invocados del art. 435.1.2 LEC, pero

la Ley Procesal Militar en su art. 486 faculta al Juez a acordar antes o después del señalamiento para el fallo la practica de cualquier diligencia que estime necesaria, por lo que los requisitos del art. 435 LEC no le condicionan.

**-Sala Cuarta, 20 de noviembre de 1989 [RJ 1989/8198]:** se deniega la práctica de una diligencia para mejor proveer, y la parte alega indefensión, a lo que el Alto Tribunal responde que es una facultad discrecional sin posibilidad de recurso, además que la parte pudo haberlo solicitado y no lo hizo.

**-Sala Primera, 11 de diciembre de 2002 [RJ 2002\10737]:** la fase natural para la proposición y práctica de pruebas es la primera instancia, por lo que el ámbito de la segunda instancia debe entenderse en ese sentido reducido, ya que no debe dilatarse el proceso con diligencias inútiles o aquellas que pudieron practicarse en el momento oportuno.

**-Sala Tercera, 9 de enero de 2008 [RJ 2008\584]:** en la anterior Ley de Jurisdicción no se permitía recurso frente al acuerdo de una diligencia para mejor proveer, pero con la nueva, con base en el art. 79 podrán recurrirse todas aquellas decisiones del Tribunal salvo las expresamente excluidas, por lo que es válido un recurso de súplica. Matiza que la nueva LEC no tiene artículo en sustitución del art. 340 o equivalente por lo que se acepta el recurso.

**-Sala Cuarta, 27 de noviembre de 1991 [RJ 8417\1991]:** no se puede aceptar un recurso de casación por quebrantamiento de forma alegando indefensión, como consecuencia de la práctica de una diligencia para mejor proveer al ser una facultad exclusiva del Juzgador.

**-Sala Cuarta, 21 de mayo de 1986 [RJ 1986\2589]:** las diligencias para mejor proveer suponen una ampliación de la prueba que corresponde en exclusiva al juzgador de manera discrecional y sobre la que no hay recurso. El acordarlas o no es una estimación personal del órgano al estimar insuficiente el resultado, pero sin suplir la falta de actividad probatoria en aras del principio dispositivo.

**-Sala Primera, de 2 de febrero de 2007 [RJ 2007\786]:** la indefensión no es un concepto meramente retórico o formal, por el contrario debe ser material, real y efectiva, pues solo así será constitucionalmente relevante. No basta por tanto acudir a genéricas y vagas argumentaciones sobre la pérdida de oportunidades procesales.

**-Sala Cuarta, de 9 de julio de 1984 [RJ 1984\4136]:** la parte recurrente alega indefensión ya que una diligencia para mejor proveer acordada finalmente no se practicó. El Alto Tribunal estima que no ha lugar porque el Tribunal estimó que la práctica parcial le fue suficiente, y que si contra estas diligencias no se da recurso han de ser muy poderosas las razones legales para que sí pueda darse cuando el Magistrado prescinde de su práctica.

**-Sala Civil, de 8 de octubre de 1990 [La Ley 22183-JF/0000]:** las diligencias para mejor proveer son totalmente ajenas al impulso procesal de parte y al principio dispositivo. Reseña la Sentencia de 26 de febrero de 1916 en la que se advierte que no puede consistir en una vía para introducir hechos nuevos, ni formar convicción sobre hechos no alegados o introducidos extemporáneamente.

**-Sala Civil, de 14 de febrero de 1930 [La Ley 22183-JF/0000]:** los Jueces no pueden abusar de esta facultad inquisitiva, ni suplir con ella a las partes en sus obligaciones.

**-Sala Civil, de 5 de octubre de 1998 [RJ 1998\7851]:** las diligencias para mejor proveer suponen una excepción al principio dispositivo y de aportación de parte que rigen en el proceso civil, sin que puedan tacharse de inconstitucionales por no contradecir las garantías del art. 24 C.E, ni lesionar el principio de igualdad, ya que complementan el material probatorio, y tienen como única finalidad lograr una más ajustada certeza.

**-Sala Civil, de 7 de diciembre de 1996 [RJ 1996\8945]:** el Alto Tribunal estima que la iniciativa del órgano a través de las diligencias para mejor proveer se ha desvirtuado ya que se ha convertido en cooperador de una de las partes al introducir hechos que debían haberse traído al proceso a través de los arts. 506 y 507 de la Ley.

**-Sala Primera, de 25 de junio de 1990 [RJ 1990\4892]:** remarca la Sentencia la potestad exclusiva que suponen las diligencias para mejor proveer para el Juzgador exponiendo que “sobre su discrecionalidad al amparo del art. 340 LECA huelga argumentación alguna”.

**-Sala Primera, de 17 de enero de 2008 [La Ley 450/2008]:** se rechaza una diligencia para mejor proveer instada por la parte porque ésta pudo tener acceso a la prueba pericial que solicita, por lo que al ser éstas ajenas al impulso procesal de parte y al principio dispositivo, se rechazaron en primera y en segunda instancia, corroborando dicha actitud el Alto Tribunal.



**-Sala Primera, de 19 de abril de 1999 [RJ 1999\2588]:** las diligencias para mejor proveer tienen como función conseguir una mejor aclaración o más completa certeza, siempre sobre las alegaciones de las partes. Se impone moderación en su uso en evitación de sustituir las labores de las partes.

**-Sala Primera, de 1 de febrero de 2000 [La Ley 5005/2000]:** la parte alega que no se le dio intervención en la práctica de una diligencia para mejor proveer y no se le puso de manifiesto tampoco el resultado; el Alto Tribunal reconociendo que efectivamente han existido esas irregularidades, al ser de iniciativa judicial y los requisitos deban ser cumplidos, solo en casos extremos puede suponer una irregularidad procesal esencial, y en muy extremos dar lugar a indefensión.

**-Sala Primera, de 2 de marzo de 2004 [RJ 2004\804]:** cuando se acuerda una diligencia para mejor proveer, el juzgador se atiene al principio de investigación de oficio que recoge el art. 340 LECA, precepto del Libro I, mientras que una pericial a instancia de parte se recoge en el Libro II, y al aplicación del art. 340 excluye las otras normas de prueba que tienen por fundamento el principio dispositivo.

### **Tribunales Superiores de Justicia**

**-STSJ Extremadura, Sala de lo Social, Sección Única de 28 de enero de 2003 [La Ley 1971/2003]:** el órgano acuerda libremente las diligencias para mejor proveer, pero a partir de ese momento deben ajustarse a las normas establecidas por lo que su incumplimiento-como es en el caso la no realización del escrito de valoración- implica nulidad de actuaciones.

**-STSJ Cataluña, Sala de lo Social, Sección 1ª, de 6 de octubre de 2005 [La Ley 194013/2005]:** las diligencias para mejor proveer sirven para los casos en los que el juzgador no se considera suficientemente ilustrado. La petición de las partes no acarrea obligación alguna, porque estas están obligadas a comparecer con todos los medios de prueba. Su negación, no equivale a denegación de prueba.

**-STSJ Madrid, Sala Social, Sección 1ª, de 16 de junio de 2008 [La Ley 14715/2008]:** aplica el término diligencias para mejor proveer y diligencias finales indistintamente. “diligencias para mejor proveer o si se prefiere finales”.

**-STSJ Aragón, Sala de lo Social, Sección 1ª, de 12 de julio de 2005 [JUR 2005/ 222880]:** Inaplicabilidad total y absoluta del art. 435 LEC como supletoria, debiendo aplicarse el art. 88 TRLPL, al menos hasta que sea modificado o derogado, por imperativo de la norma contenida en la Disposición Adicional Primera, ya que contienen normativa específica y concreta respecto a las que sigue denominando diligencias para mejor proveer.

**-STSJ Andalucía, Sala de lo Social, Sección 2ª, de 4 de febrero de 2003 [JUR 2003\84310]:** acordar o no diligencias finales está en manos exclusivamente del juzgador, ya que son actos del mismo encaminados a formar su propia convicción sobre el asunto, quedando al margen el impulso procesal de parte y el principio dispositivo. Por esto, no se consideran formalidades esenciales del juicio, quedando limitadas las partes a intervenir en la práctica y a valorar el resultado.

**-STSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, de 31 de enero de 2005 [RJ 2005\1140]:** las diligencias finales solo pueden solicitarse a instancia de parte, y únicamente de forma excepcional y motivada por el órgano. Deberá explicar en este caso que la prueba es completamente necesaria y que las causas impeditivas han desaparecido. No constituyen una obligación para el tribunal.

**-STSJ Madrid, Sala de lo Social, Sección 1ª, de 23 de septiembre de 2009 [Cendoj 47186340012009101566]:** se acuerdan unas diligencias finales a las que el tribunal denomina indistintamente como diligencias para mejor proveer, de unas testificales que habían sido propuestas y denegadas en la vista. Además, contempla la Sentencia que “el órgano no puede garantizar el resultado de una prueba, ni que la misma pueda efectivamente practicarse”.

**-STSJ Castilla y León, Sala de lo Social, de 15 de marzo de 2007 [La Ley 21921/2007]:** se plante recurso porque el órgano ha acordado una diligencia final sin dar oportunidad a la parte que lo plantea de realizar las valoraciones del art. 436. La contradicción es un requisito ineludible, pero en este caso considera que no se ha infringido ningún precepto puesto que no ha existido indefensión hacia la parte al no haber dado traslado del resultado a ninguna parte, luego no es material sino formal.

**-STSJ Galicia, Sala de lo Social, de 24 de junio de 2008 [La Ley 2484/2008]:** la denegación de la práctica de una diligencia final no puede dar lugar a recurso de casación basado en indefensión, ya que su acuerdo es potestativo del Juez, y su inadmisión no implica denegación de prueba.

**-STSJ Madrid, Sala de lo Social, de 17 de mayo de 2004 [JUR**

**2004\224852]:** el Juzgador no viene obligado a acordar prueba ni diligencias finales de investigación por la LEC, supletoria de la LPL que tiene su propia normativa al respecto en el art. 87.

**-STSJ Madrid, Sala de lo Civil, de 16 de junio de 2008 [AS 2008\1771]:** se refiere a las diligencias finales y a las diligencias para mejor proveer de manera indistinta, exponiendo “o si se prefiere finales...”.

### **Audiencias Provinciales**

**-SAP Ourense, Sala de lo Social, Sección 1ª, de 4 de octubre de 2005 [AS 2005\3569]:** las diligencias para mejor proveer son una facultad exclusiva del juez por lo que nunca estará obligado a acordarlas, solo si él lo estima necesario.

**-SAP Alicante, Sala Civil, Sección 6ª, de 27 de mayo de 2009 [JUR 2009\1579]:** el art. 429.1.II se refiere únicamente a la insuficiencia de prueba propuesta, no de la prueba practicada. Representa una carencia objetiva y absoluta de prueba sobre un hecho afirmado por una de las partes, que a su vez sea preciso para el resultado del pleito. No abarca por tanto la mayor o menor convicción que un determinado medio de prueba pueda representar a priori, ni desde luego excusa para que el litigante levante la carga de la prueba.

**-SAP Asturias, Sección 4ª, de 11 de septiembre de 2003 [La Ley 15534224/2003]:** el art. 429.1.II debe ponerse en relación con los arts. 216, 217 y 281 que proclaman el principio de justicia rogada, poner a cargo de las partes la aportación de los hechos y las pruebas, e imponen al actor la obligación de probar la certeza de los hechos, porque si no se

desplazaría al Juzgador dicha obligación.

**-SAP Barcelona, Sección 15ª, de 23 de junio de 2005 [JUR 2005\168419]:** el Juzgador admite solo la prueba documental, y luego en Sentencia rechaza la demanda por falta de prueba, a lo que la Sala considera que existe contradicción, y que sabiendo que la prueba era insuficiente debió hacer uso del art. 429.1.

**-SAP Alicante, Sección 5ª, de 11 de septiembre de 2003 [JUR 2003\235852]:** la parte alega que el Juez 'a quo' debió acordar una determinada prueba con base en el art. 429.1.II a lo que la Sala responde que dicho artículo no impone al Juez la proposición de nuevas pruebas.

**-SAP Navarra, Sección 3ª, de 27 de noviembre de 2003 [JUR 2004\109145]:** se estima el recurso interpuesto por el recurrente que alega indefensión ya que el Juez no le advirtió de la insuficiencia de prueba, lo que la Sala estima al entender que el Juez obvió la obligación de la facultad del art. 429.1. La Sala expone juntos los términos obligación y facultad.

**-SAP Segovia, Sección 1ª, de 10 de junio de 2005 [La Ley 132173/2005]:** respecto a un proceso de menores la Sala estima que en éstos el proceso civil pierde su natural carácter dispositivo, para pasar a ser derecho necesario inquisitivo en aras de un interés superior más digno de protección. Por eso se amplían los poderes del Juez gozando de amplia libertad.

**-SAP Salamanca, Sección 1ª, de 10 de noviembre de 2004 [JUR 2005\30881]:** dentro de los procesos especiales nada impide, respetando el

art. 282 LEC por el que la proposición de las pruebas debe ser un acto de las partes, que el juzgador acuerde de oficio las que estime convenientes.

**-SAP Santa Cruz de Tenerife, Sección 1ª, de 19 de mayo de 2003 [JUR 2003\240237]:** el art. 429.1.II debe encuadrarse dentro de los justos límites que resultan de la interpretación sistemática de toda la normativa de la prueba; es una facultad potestativa pues de otro modo se pretende que la prueba sea de oficio debiendo señalar el Juez al Abogado qué prueba debe solicitar con el consiguiente prejuzgamiento, y quiebra de la igualdad de armas.

**-SAP Córdoba, Sección 2ª de 27 de septiembre de 2005 [La Ley 186242/2005]:** la Sala considera que el ‘juez a quo’ no hizo uso del art. 429.1 por el que debió advertir a las partes de la insuficiencia de prueba, por lo que la convierte en obligatoria.

**-SAP Murcia, Sección 3ª, de 15 de febrero de 2002 [La Ley 1094530/2002]:** la parte interpone recurso para que se practique prueba pericial médica que considera debió acordar el juzgador, a lo que la Sala responde que el art. 429.1 no puede servir de fundamento para subsanar la negligencia de las partes que debieron proponerla a través de los arts. 337, 336 y 339 LEC.

**-SAP Lugo, Sección 1ª, de 29 de mayo de 2002 [JUR 2002\191656]:** la Sala expone que el art. 429.1 tiene grandes problemas de interpretación, ya que el artículo responde a un sistema diferente del art. 282 y 217 por el que el Juez se convierte en inquisidor con el riesgo de prejuzgamiento y quiebra de igualdad de armas. Esto es una contradicción que se observa con la lectura de la Exposición de Motivos, e incluso en la regulación de

las diligencias finales. Existe una indeterminación de modelo de proceso, que algunos autores califican de esquizofrénica.

**-SAP Madrid, Sección 20ª, de 9 de junio de 2008 [La Ley 90306/2008]:** la práctica de diligencias finales es una potestad del juez, por lo que si no se acuerdan no se infringe con esto ninguna norma procesal.

**-SAP Málaga, Sección 7ª, de 23 de marzo de 2006 [La Ley 99110/2006]:** la Sala retrotrae los actos hasta el momento de práctica de diligencias finales ya que no se le dio el debido traslado a las partes para realizar la valoración. Expone que no es una mera infracción de una formalidad procesal sino una vulneración de su derecho de defensa, por lo que se produce indefensión. Permite igualmente reposición al acuerdo que las desestima.

**-SAP Asturias, Sección 4ª, de 18 de junio de 2004 [JUR 2004\243977]:** las diligencias finales son una facultad del Juzgador dentro de los límites del art. 435 LEC, y por eso el recurso de reposición interpuesto contra su acuerdo fue correctamente desestimado.

**-SAP Cáceres, Sección 1ª, de 19 de abril de 2004 [JUR 2004\147176]:** la Sala estima que el órgano no está obligado a practicar necesariamente las diligencias finales que interesan las partes, porque acordarlas o no es una potestad judicial.

**-SAP Barcelona, Sección 19ª, de 29 de enero de 2004 [JUR 2005\61087]:** se alega indefensión por no permitir la práctica de una diligencia final, lo cual no es acogido por la Sala. El legislador se muestra muy restrictivo en su práctica siendo facultativa y no automática si el juez

ha formado ya su convicción.

**-SAP Palencia, Sección 1ª, de 30 de diciembre de 2005 [La Ley 250739/2005]:** el juzgador no está obligado a practicar diligencias finales de forma automática, ya que el art. 435 utiliza el término ‘podrá’, lo que la convierte en facultad judicial. Si se acuerdan es necesario auto motivado, si no se acuerdan puede limitarse a dictar sentencia sin expreso pronunciamiento.

**-SAP Córdoba, Sección 3ª, de 13 de junio de 2002 [JUR 2002\215993]:** la Sala expone que el principio dispositivo y el de aportación de parte siguen inspirando el proceso civil, pese a la flexibilización del art. 282 dejando la puerta abierta a cierta actividad de oficio, que no supone que el juzgador supla la inactividad de las partes.

**-SAP Toledo, Sección 1ª, de 24 de mayo de 2004 [JUR 2004\182947]:** se alega vulneración del principio dispositivo en un proceso de menores a lo que la Sala responde que en estos procesos rige la indisponibilidad de su objeto conforme art. 751 LEC, y por el antiformalismo y actuación de oficio en materia probatoria.

**-SAP Lérida, Sección 2ª, de 5 de diciembre de 2000 [JUR 2001\54225]:** respecto a las diligencias para mejor proveer se refiere a ellas como ‘para mejor decidir’, siendo un complemento necesario de ciertos y concretos extremos del litigio porque van dirigidas a obtener una mejor aclaración o certeza de los hechos.

**-SAP Las Palmas, Sección 5ª, de 23 de febrero de 2004 [JUR 2004\133141]:** los requisitos para la adopción de diligencias para mejor



proveer es que se haya recibido el pleito a prueba, que versen sobre manifestaciones o pruebas que las partes hayan realizado, que no comprenda hechos nuevos y que no traten de suplir la negligencia de las partes.

**-SAP Burgos, Sección 2ª de 30 de diciembre de 2005 [AC 2006\791]:** se refiere a las diligencias finales como herederas de las diligencias para mejor proveer, que siguen configuradas como una facultad que de forma potestativa y discrecional, respetando el art. 435, corresponde al tribunal. El carácter potestativo se deduce del término ‘podrá’ que empelaba igualmente el art. 340 LECA y que es ‘suficientemente expresivo’. No otorgan ningún derecho subjetivo a las partes, ni su práctica puede estimarse obligatoria como consecuencia necesaria del art. 24 C.E.



## **BIBLIOGRAFÍA**

- ABEL LLUCH, X., *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, Ed. Bosch, Barcelona, 2005.
- ABEL LLUCH, X.,Y PICÓ I JUNOY,J., *Problemas actuales de la prueba civil*, Bosch Editor, Barcelona, 2005.
- ABEL LLUCH, X.,Y PICÓ I JUNOY,J., *Objeto y carga de la prueba*, Ed. Bosch, Barcelona, 2007.
- AGUILÓ REGLA, J., “De nuevo sobre ‘independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica’”, *Revista Jueces para la Democracia*, nº 46, marzo 2003.
- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Estudios procesales*, Ed. Tecnos, Madrid, 1975.
- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Estudios diversos de derecho procesal*, Ed.Bosch, Barcelona, 1985.
- ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., *Instituciones del nuevo proceso civil*, Volumen II. Ed. Economist&Jurist, Barcelona, 2000.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P., “Ética en la función de juzgar”, *Revista Jueces para la democracia*, nº 40, marzo 2001.
- ARAGONESES MARTÍNEZ, S., CUBILLO LÓPEZ, I., HINOJOSA SEGOVIA, R., PEITEADO MARISCAL, P., TOMÉ GARCÍA, J.A., *Cien cuestiones controvertidas sobre la prueba en el proceso civil*, Ed.Colex, Madrid, 2004.
- ARAGONESES MARTÍNEZ, S., E HINOJOSA SEGOVIA, R., *Lecciones de Derecho procesal civil*, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2008.
- ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, 4ªEd, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2009.
- ARAZI, R., *La prueba en el proceso civil*, Ed. La Roca, Buenos Aires, 1991.

- ARRIETA GALLEGOS, F., “La iniciativa probatoria del juez civil”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, nº 4, 1967.
- ATIENZA, M., “Ética judicial: ¿por qué no un código deontológico para jueces?”, *Revista Jueces para la Democracia*, nº 46, marzo 2003.
- BANACLOCHE PALAO, J., Y CUBILLO LÓPEZ, I., *Aspectos fundamentales de derecho procesal civil*, Universidad Complutense Facultad de Derecho, Madrid, 2004.
- BANACLOCHE PALAO, J., “Las líneas generales de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *Revista de Derecho Procesal*, año 2002.
- BARBOSA MOREIRA, J.C., “El neoprivatismo en el proceso civil”, *Revista de Derecho Procesal*, nº 3, 2005.
- BAUTISTA MONTTI, L., “Iniciativa probatoria del juez en el proceso civil”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, nº 4, 1967.
- BENTHAM, J., *Tratado de las pruebas judiciales*, Tomo I, Valletta -Ediciones, Buenos Aires, 1971.
- BLANC, E., *Nouveau Code de Procédure Civile commenté dans l'ordre des articles*, Libraire du journal des notaires et des avocats, París, 1978.
- BRANLARD, J.P., *L'essentiel de l'organisation judiciaire*, Gualino éditeur, París, 2004.
- BROSA, P., *Introducción a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Bosch, 2001.
- CALAMANDREI, P., *Estudios sobre el proceso civil*, Editoriales Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962.
- CAPPELLETTI, M., *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1972.
- CAPPELLETTI, M., *La responsabilidad de los jueces*, Ed. Jus, La Plata, 1988.
- CEA AYALA, B., *Incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en el proceso socia*, Ed. Francis Lefebvre, 2001.

- CHIOVENDA, G., *Principios de Derecho Procesal*, Tomo I, Ed. Reus, Madrid, 1977.
- CORDÓN MORENO, F., *Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Aranzadi, 2002.
- CORDÓN MORENO, F., ARMENTA DEU, M.T., MUERZA ESPARZA, J.J., TAPIA FERNÁNDEZ, I., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Vol.I, Navarra, 2001.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., GIMENO SENDRA, V., Y MORENO CATENA, V., *Derecho procesal civil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., GIMENO SENDRA, V., Y MORENO CATENA, V., *Derecho procesal civil, parte general*, Ed. Cóllex, Madrid 2003.
- COUCHEZ, G., *Procédure Civile*, Ed. Sirey, París, 1992.
- COUTURE, E., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Ed. De Palma, Buenos Aires, 1993.
- COUTURE, E., *Estudios de Derecho procesal civil*, Tomo II. Ed. Ediar, Buenos Aires, 1950.
- COUTURE, E., *Introduction à l'étude de la Procédure Civile*, Ed. Dalloz, París, 1950.
- CROZÉ, H., Y MOREL, CH., *Procédure Civile*, Ed. Presses Universitaires de France, París, 1988.
- CUBILLO LÓPEZ, I., *La regulación de las actuaciones del juicio*, Ed. La Ley, Madrid, 2002.
- DAIGRÉ, J.J., 'La production forcée dans le procès civil', Ed. Presses Universitaires de France, 1979.
- DAMIÁN MORENO, J., *La nueva LEC. Los procesos ordinarios y las medidas cautelares. Tomo II*, Ed. Tecnos, Madrid, 2000.
- DAMIÁN MORENO J., GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., Y GARBERÍ LLOBREGAT, J., *La reforma procesal civil, penal y administrativa de 1992*, Ed. Colex, Madrid, 1992.

- DEVIS ECHANDÍA, H., *Teoría General de la prueba judicial*, Tomo I. Editor Vítor P de Zavalía. Buenos Aires, 1970.
- DEVIS ECHANDÍA, H., *Estudios de Derecho Procesal*, Tomo I, Ed. ABC, Bogotá, 1979.
- DEVIS ECHANDÍA, H., “La iniciativa probatoria del juez civil en el proceso contemporáneo”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, nº4, 1967.
- DÍAZ FUENTES, A., *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Bosch, Barcelona, 2002.
- ETXEBARRÍA GURIDI, J.F., *Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- FAIRÉN GUILLÉN, V., *Temas del ordenamiento procesal. Tomo I*, Ed. Tecnos, 1969.
- FAIRÉN GUILLÉN, V., *Panorama crítico del proceso civil español (1938-1998)*, Ed. Civitas, Madrid, 1998.
- FAIRÉN GUILLÉN, V., *Estudios de Derecho Procesal*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.
- FAIRÉN GUILLÉN, V., *Los procesos europeos desde Finlandia hasta Grecia. (1900-1975)*, Ed. Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valencia, Javea, 1997.
- FAIRÉN GUILLÉN, V., “La interpretación analógica de las normas de la LEC en la Audiencia Previa”, en *Revista de Derecho Procesal*, año 2000.
- FAIRÉN GUILLÉN, V., “Sobre el ya proyecto de ley de enjuiciamiento civil de 1999. Razones de una adhesión no producida”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, año 1999.
- FAIRÉN GUILLÉN, V., “Bases uniformes de legislación procesal”, Comunicación presentada en las V Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal, Bogotá, 1970.

- FAIRÉN GUILLÉN, V., “Adiós a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, año 2000.
- FENECH, M., *Derecho Procesal Civil*, Ed. Agesa, Madrid, 1986.
- FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A., RIFÁ SOLER, J.Mª, VALLS GOMBÁU, J.F., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo II, Ed. Atelier, Barcelona, 2000.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., “Las facultades probatorias del juez civil previstas en el art. 429.1.II”, en *Revista Práctica de los Tribunales, Derecho Procesal Civil y Mercantil*, año 2005.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *Prueba y presunción de inocencia*, Ed. Iustel, Madrid, 2005.
- FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J.M., *Diccionario Jurídico*,. Ed. Aranzadi, 2004.
- FERNÁNDEZ SEIJO, J.M., *Comentarios a la nueva LEC*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.
- FERRER BELTRÁN, J., *La valoración racional de la prueba*, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2007.
- FERRER BELTRÁN, J., “Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones”, *Revista Jueces para la Democracia*, nº 47, julio 2003.
- FRIEDRICH HEGEL, G.W, *Principios de la filosofía del derecho*, Ed. Edhasa, Barcelona, 2005.
- GALÁN GONZÁLEZ, C., “Apuntes sobre el derecho al juez imparcial”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 10, año 2004.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J, BUITRÓN RAMÍREZ, G., *La prueba civil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2004.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Los procesos civiles. Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Bosch, Barcelona, 2001.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J., *El procedimiento administrativo común*, Tomo II, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

- GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Introducción al nuevo proceso civil*, Vol. I, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO, J.J., “Tres propuestas para generar una pauta que permita estimar masivamente si hay dilación”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, año 2002.
- GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO, J.J., “La satisfacción de los usuarios con la actividad de los tribunales de Justicia”, en *Revista del Poder Judicial*, año 2002.
- GARCÍA-LUBÉN, P., *Ley 1/200 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, comparada con la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881*, Ed. Cóllex, Madrid, 2001.
- GIMENO SENDRA, V., *Proceso civil práctico. Tomo IV*, Ed. La Ley, Madrid, 2001.
- GIMENO SENDRA, V., *Introducción al Derecho Procesal*, Ed. Cóllex, Madrid, 2007.
- GIMENO SENDRA, V., *El proceso de declaración. Parte general*, Ed. Cóllex, Madrid, 2004.
- GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V., Y SALA SÁNCHEZ, P., *Derecho Procesal administrativo*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001.
- GISBERT GISBERT, A., “La iniciativa probatoria del órgano jurisdiccional y el principio acusatorio”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, año 1995.
- GÓMEZ COLOMER, J. L., “Principios y características esenciales del nuevo proceso civil. Ley 1/2000”, *Revista General Informática de Derecho*.
- GÓMEZ DE LIAÑO, F., Y PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A., *Derecho Procesal I*, Ed. Fórum, 2001.
- GÓMEZ DE LIAÑO, F., *Introducción al Derecho Procesal*, Ed. Fórum, 2000.



- GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho procesal civil, juicios y procedimientos*, Madrid, 1976.
- GÓMEZ ORBANEJA, E, Y HERCE QUEMADA, V., *Derecho procesal, volumen I*, Artes gráficas y ediciones, S.A, Madrid, 1951.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, J., *Los procesos civiles especiales*, Ed. Dykinson, Madrid, 2004.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, 3ªEd, Ed. Civitas, Madrid, 2001.
- GUASP DELGADO, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. M. Aguilar, Madrid, 1943.
- GUASP DELGADO, J., *Derecho Procesal Civil*, Instituto de Estudios Jurídicos, Madrid, 1961.
- GUASP DELGADO, J., *Estudios Jurídicos*, Ed. Civitas, Madrid, 1996.
- GUASP DELGADO, J., Y ARAGONESES ALONSO, P., *Derecho procesal civil, Tomo I*, Ed. Civitas, 2002.
- GUINCHARD, S., *Droit común et droit comparé du procès*, Ed. Dalloz, 2ª edición, París, 2003.
- GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, F., *Estudios jurídicos*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1978.
- GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, F., *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, F., “Del ordo iudicarius a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, en Revista Justicia, año 1998.
- HERRENDORF, D., *El poder de los jueces*, Ed Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994.
- HINOJOSA SEGOVIA, R., “ La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española”, en Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, año 2000.

- HOYA COROMINA, J., *El recurso de apelación en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2002.
- ILLESCAS RUS, A., *La prueba pericial en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000*, Ed. Aranzadi, 2002.
- JIMÉNEZ CONDE, F., *Ley de Enjuiciamiento Civil:respuestas a 100 cuestiones polémicas*, Ed. Sepin, Madrid, 2002.
- JIMÉNEZ CONDE, F, ‘Jornadas Nacionales sobre el Anteproyecto de Enjuiciamiento Civil’, Escuela de Práctica Jurídica de Murcia, Consejería de Presidencia, Tomo I, Murcia, 1998.
- LARGUIER, J., *Procédure Civile. Droit judiciaire privé*, Ed. Mémentos Dalloz, París, 1991.
- LATONE, A., *Introducción al Derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 1971.
- LECLERC, O., *Le juge et l’expert. Contribution à l’étude des rapports entre le droit et la science*, Ed. L.G.D.J, París, 2005.
- LEFORT, CH., *Procédure Civile*, Ed. Dalloz, París 2005.
- LESSONA, C., *Teoría general de la prueba en derecho civil o exposición comparada*, Tomo II, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1960.
- LORCA NAVARRETE, A.M., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*,. Ed. Lex Nova, Valladolid, 2000.
- LORCA NAVARRETE, A.M., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Parte General, Ed. Dykinson, Madrid, 2000.
- LLEDO YAGÜE, F.,*Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Dykinson, Madrid, 2000.
- MALESHIN, D., “El estilo de Rusia de procedimiento civil”, Emory International Law Review, Vol. 21, nº 4, 2007.
- MANRESA Y NAVARRO, J.M., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1953.

- MARIO MORELLO, A., *Prueba, incongruencia, defensa en juicio. El respeto por el hecho*, Ed. Abeledo-Perrot, 1973.
- MARTÍN DE LA LEONA ESPINOSA, J.M<sup>a</sup>., *La nulidad de actuaciones en el proceso civil*, Ed. Cóllex, Madrid, 1992.
- MARTÍN OSTOS, J.S., *Las diligencias para mejor proveer en el proceso civil*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1981.
- MARTÍN OSTOS, J.s, “Las diligencias finales”, en *Revista del Poder Judicial*, año 2002.
- MARTÍN OSTOS, J.S, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo II, Ed. Lex-Nova, Valladolid, 2000.
- MARTÍN OSTOS, J.S., “La prueba de oficio en el proceso civil”, *Revista La Ley*, año 1998, Tomo 5º.
- MARTÍNEZ GARRIDO, L.R., ARASTHEY SAHÚN, M.L., Y GARCÍA PAREDES, M.L., *Práctica procesal laboral*, Ed. Bosch, Barcelona, 2007.
- MARTÍNEZ PARDO, J., Y LOSCERTALES FUENTES, D., *Ley de Enjuiciamiento Civil. Volumen I'*. Ed. Sepin, Madrid 2001.
- MARTÍNEZ PINEDA, A., *Filosofía jurídica de la prueba*, Ed. Porrúa, México 1995.
- MARTÍNEZ RUIZ, L.F., *El procedimiento francés de référé y su posible adaptación al enjuiciamiento civil español*, Ed. Instituto Editorial Reus, 1964, Madrid.
- MAYNAR BARNOLAS, M., “Para mejor proveer”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1951.
- DE MIGUEL CANUTO, E., “El orden contencioso-administrativo y la Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Revista de la Universidad de Valencia*.
- MIGUEL Y ROMERO, M., *Derecho procesal civil*, Imprenta de Andrés Martín, Valladolid, 1931.
- MIMIN, P., *Le style des jugements*, Libraires techniques, 4ªEd, París, 1978.

- MONEREO PÉREZ, J.L, MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M.N., OLARTE ENCABO, S., Y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., *Manual de Derecho Procesal del Trabajo*, Ed. Tecnos, Madrid, 2008.
- MONTERO AROCA, J., *El nuevo proceso civil. Ley 1/2000*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- MONTERO AROCA, J., *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- MONTERO AROCA, J .,“La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española, los poderes del juez y la oralidad”, en *Revista de Derecho Procesal*, año 2001.
- MONTERO AROCA, J., *Proceso civil e ideología*, Ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2006.
- MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L, MONTÓN REDONDO, A., Y BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional II*, 15ª Ed, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- MONTERO AROCA, J., CARRATALÁ TERUEL, J.L., Y MEDIAVILLA CRUZ, M.L., *Proceso laboral práctico*, Ed. Thomson Aranzadi, Navarra, 2003.
- MONTTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J.M, SEMPERE NAVARRO, A.V., Y RÍOS SALMERÓN, B., *Curso de procedimiento laboral*, Ed. Tecnos, 7ªEd, Madrid, 2005.
- MORENO FERNÁNDEZ-SANTA CRUZ, M., *Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. La Ley, Madrid, 2000.
- MORELLO, A.M., (coord.), *La prueba, libro en memoria del Profesor Santiago Sentís Melendo*, Ed. Lep, La Plata, 1996.
- MUÑOZ SABATE, L., *Fundamento de prueba judicial civil. LEC 1/2000*, Bosch Editor, Barcelona, 2001.
- MUÑOZ SABATE, L., *Técnica Probatoria*, Ed. Praxis, S.A, Barcelona, 2003.
- MUÑOZ SABATE, L., *Introducción a la probática*, Ed. Bosch, Barcelona, 2007.

- NOYA FERREIRO, M.L., *Las diligencias finales en el proceso civil*, Ed. Tirant lo Blanch, monografías 503, Valencia, 2006.
- DE LA OLIVA SANTOS, A. Y FERNÁNDEZ, M. *Lecciones de Derecho Procesal II*. Ed. Promociones Universitarias, Barcelona, 1986.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., Díez-PICAZO, I, VEGAS TORRES, J, BANACLOCHE PALAO, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Civitas, Madrid, 2001.
- DE LA OLIVA SANTOS, A. Y Díez-PICAZO, I. *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 2000.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., “Acerca de la reforma procesal”, en Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, año 1995.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., “Sobre los criterios inspiradores del Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, de 30 de octubre de 1998”, Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, año 1999.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., “Sobre la Ley 1/2000 de 7 de Enero: criterios inspiradores e innovaciones principales”, en Revista Española de Derecho Procesal, año 2000.
- ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., *Introducción al Derecho Procesal*, 2ªed, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2004.
- ORTELLS RAMOS, M., *Derecho procesal civil*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2004.
- PAZ RUBIO , J.M, ACHAERANDIO GUIJARRO, F.J, DE ANDRÉS HERRERO, A, ILLESCAS RUS, A, PUENTE SEGURA, L, SALGADO CARRERO, C., *Ley de Enjuiciamiento Civil*. Ed. La Ley, Madrid, 2000.
- PAYÁ, F.H., *La prueba en el proceso civil*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983.
- PEDRAZ PENALVA, E., *Constitución, jurisdicción y proceso*, Ed. Akal, Madrid, 1990.

- PEDRAZ PENALVA, E., *Privilegios de las Administraciones Públicas en el proceso civil*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1993.
- PEDRAZ PENALVA, E., “El derecho procesal como sistema de garantías”, *Revista Jueces para la Democracia*, nº 16-17, año 1992.
- PEDRAZ PENALVA, E., “Sobre la Disposición Adicional Quinta de la LEC (introducida por la Disposición Adicional Duodécima de la LO 19/2003)”, en *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, Universidad de Valencia, Asociación internacional de Derecho Procesal, Tomo II, Valencia, 2008.
- PEDRAZ PENALVA, E., “El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas”, *Revista del Poder Judicial*, nº2, año 1996, Madrid.
- PÉREZ DEL OLMO, R., *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Eusko Jaurlaritza, Gobierno Vasco, Vitoria, 2001.
- PICÓ I JUNOY, J., *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Ed. JM Bosch, S.A. Barcelona, 1996.
- PICÓ I JUNOY, J. *Presente y futuro del proceso civil*. Ed. JM Bosch, Barcelona, 1998.
- PICÓ I JUNOY, J., *El juez y la prueba. Estudio de la errónea recepción del brocardo “iudex iudicare debe secundum allegata et probata, non secundum conscientiam”, y su repercusión actual*, Ed. J.M Bosch Editor, 1ª edición, Barcelona, 2007.
- PICÓ I JUNOY, J, Y ABEL LLUCH, X., *Los poderes del juez en materia probatoria*. Ed. JM Bosch, Barcelona, 2003.
- DE PINA VARA, R., *Tratado de las pruebas civiles*, Ed. Porrúa, 3ªEd, México, 1981.
- PLANCHADELL GARGALLO, A., “La prueba de interrogatorio de las partes en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, año 2000.

- PRIETO CASTRO, L., *Derecho procesal civil*, Tomo I, Ed. Revista de Derecho privado, Madrid, 1968.
- PRIETO CASTRO, L., *Tratado de Derecho procesal civil*, Tomo I, Ed Aranzadi, 1985.
- PROFESORES DE DERECHO PROCESAL DE LAS UNIVERSIDADES ESPAÑOLAS. *Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Tomo I, Madrid, 1972.
- PROFESORES DE DERECHO PROCESAL DE LAS UNIVERSIDADES ESPAÑOLAS. *Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo II, Madrid, 1974.
- RAMOS MÉNDEZ, F., *Guía para una transición ordenada a la LEC*, Ed. JM Bosch, Barcelona, 2000.
- RICHARD GONZÁLEZ, M., *La segunda instancia en el proceso civil*, Ed. Cedecs, Barcelona, 1998.
- REYES MONTERREAL, J.M., “En torno a las diligencias para mejor proveer”, *Revista General del Derecho*, año IX, nº 101, Febrero 1953.
- RIFÁ SOLER, J.M., RICHARD GONZÁLEZ, M., RIAÑO BRUN, I., *Derecho Procesal Civil*, Vol II, Gobierno de Navarra, Colección PRO liberarte, Pamplona, 2006.
- DE LA ROCHA GARCÍA, E., *Juicios civiles en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Ed. Comares, Granada, 2001.
- RODRÍGUEZ URRACA, J., *Autoridad del juez y principio dispositivo*, Ed. Universidad de Carabobo, Valencia-Venezuela, 1968.
- ROSAS TORRES, D.E., “El juez boca de la ley”, *Revista digital La Estafeta Jurídica Virtual*, Abril 2007.
- ROSENBERG, L., *La carga de la prueba*, 2ªEd., Ed. BdeF, Buenos Aires, 2002.
- SÁNCHEZ AGUILAR, M., *Compendio de Derecho procesal*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1999.

- SÁNCHEZ ROBLEDANDO, J.M., *Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Actualización*, Ed. Dijusa, Madrid, 2004.
- SENTÍS MELENDO, S., *La prueba*, Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979.
- SENTÍS MELENDO, S., *Estudios de Derecho Procesal*, Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962.
- SENTÍS MELENDO, S., *Teoría y práctica del proceso*, Vol.II, Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1958.
- SEOANE SPIEGELBERG, J.L., *La prueba en la LEC 1/2000. Disposiciones generales y presunciones*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2002.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M., *La Ley 1/2000 sobre enjuiciamiento civil*, Ed. JM Bosch, Barcelona, 2002.
- SERRANO MASSIP, M., “La iniciativa del tribunal tendente a determinar el objeto de la controversia en el proceso civil. Análisis del art. 426.6”, en *Revista Justicia*, año 2004.
- SERRANO MASIP, M., “La intervención del Tribunal ante la insuficiencia de la prueba propuesta por las partes (art.429.1.2º)”, *Diario La Ley*.
- SICARD, J., *La preuve en justice après la réforme judiciaire*, Ed. *Enseignement et perfectionnement techniques*, París, 1960.
- SILVA MELERO, V., *La prueba procesal*, Ed. *Revista de Derecho Privado*, Tomo II, Madrid, 1964.
- SOSPECHA NAVAS, F.J., *Práctica del proceso contencioso-administrativo*, Ed. Civitas, Madrid, 2004.
- STEIN, F., *El conocimiento privado del juez*. Ed. Universidad de Navarra, 1973.
- SUÁREZ ROBLEDANO, J.M., *Ley de Enjuiciamiento Civil, Actualización*, Ed. Dijusa, Madrid, 2004.
- TARUFFO, M., *La prueba de los hechos*, Ed. Trotta, Madrid, 2002.



- TARUFFO, M., “Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa”, Ponencia del XXV Congreso Nacional de la Asociación italiana de investigación sobre el proceso civil, Cagliari, 2005.
- TOHARIA CORTÉS, J.J., Y GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO, J.J., *La justicia ante el espejo: 25 años de estudios de opinión del CGPJ*, Ed. CGPJ, Madrid, 2005.
- TOHARIA CORTÉS, J.J., *Opinión pública y justicia*, CGPJ, Madrid, 2001.
- VALLESPÍN PÉREZ, D., “Diligencias finales en el juicio verbal”, *Revista Justicia*, nº 3-4, 2007.
- VALLESPÍN PÉREZ, D., “La prueba del derecho extranjero en la Ley 1/2000”, *Revista Justicia*, nº 1, 2000.
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Dijusa, Madrid, 2000.
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Doctrina y jurisprudencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Revista de Derecho Privado-Ed. De derecho reunidas, Madrid, 1983.
- VÁZQUEZ SOTELO, J.L., “Las diligencias finales” en el volumen dirigido por CUEVILLAS-ALONSO SAYROL sobre *Instituciones del nuevo proceso civil*. Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Barcelona, 2000.
- VÁZQUEZ SOTELO, J.L., “Los principios del proceso civil”, *Revista Justicia*, nº 4, 1993.
- VICENTE FERNÁNDEZ, A., *Función creadora del juez*. Ed. Abeledo-Perrot, 1970.
- VICENTE Y CARAVANTES, J., *Tratado histórico, crítico-filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva Ley de Enjuiciamiento*. Madrid, 1856.
- VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M., “El nuevo marco procesal civil. Los principios de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *Revista de Española de Derecho Procesal*, año 2000.

-VILLAMARÍN LÓPEZ, M.L., *La obtención de pruebas en el proceso civil en Europa. Estudio del Reglamento 1206/2001 de 28 de mayo*, Ed. Cóllex, Madrid, 2005.

-YELAMOS BAYARRI, E., “Qué diligencias finales son admisibles de oficio atendiendo a los condicionantes del art. 435.2”, *Revista Justicia*, nº 3-4, 2007.

-YELAMOS BAYARRI, E., “Juego entre el art. 429.1 (insinuación judicial de prueba en la audiencia previa) y art. 435.2 (diligencias finales”, *Revista Justicia*, nº 3-4, 2007.

-XIOI RÍOS, J.A., *Enjuiciamiento Civil y Jurisprudencia*, Tomo II, Ed. Sepín, Madrid, 2008.

-CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, comentarios al Proyecto de Ley de 30 de octubre de 1998*, Madrid, 1998.

-ESCUELA JUDICIAL DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. *La prueba*. Madrid, 2000.

#### OTROS RECURSOS:

-Boletín de información del Ministerio de Justicia, año 1998, Volumen IV, Editorial Secretaria General Técnica.

-Libro Blanco de la Justicia, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997.

- Diccionario jurídico, Ed. El Derecho, Madrid, 2009.

-Enciclopedia jurídica básica. Ed. Civitas, Madrid 1995.

-Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados.